Die Geltung der Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag im Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches

Kurt Meyer
Referendar

Die Geltung der Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag im Gesellschaftsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der
Universität Leipzig

ACAD.
LUGD. BAT.
BIBL.

eingereicht von

Kurt Meyer
Referendar in Bielefeld

Bielefeld
Buchdruckerei Ernst Siedhoff
1910

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1

B. Hauptteil.

I. Die prinzipielle Anwendbarkeit der §§ 320 ff. auf die Gesellschaft . . . . . 2—16

II. Die Anwendung der §§ 320 ff. im Einzelnen . . . . . 16—56

a. Allgemeines . . . . . 16—29

b. §§ 320—322 . . . . . 29—41

c. §§ 323—327 . . . . . 41—56

C. Schlußergebnis . . . . . 56—57

Literaturverzeichnis.

Archiv für die zivilistische Praxis. Freiburg 1818 ff.

Brinz, Pandekten. 2. Aufl. Erlangen 1882.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts. 5. Aufl.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen u. Leipzig 1902.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht, Band II. 4. Aufl.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Rechts. 8./9. Aufl.

Enneccerus-Lehmann, Bürgerliches Recht. 2. Aufl.

Fischer-Henle, 6. Aufl.

Ihering, Der Zweck im Recht. 2. Aufl.

Keutner, Rechtliche Natur der gegenseitigen Verträge. Erl. Diss. 1899.

Kisch, Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen. Jena 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen. Jena 1900.

Knoke, Das Recht der Gesellschaft. Jena 1901.

Krahmer, Gegenseitige Verträge. Halle 1904.

Kuntze, Festgabe für Müller. 1892.

Loewy, Die Unmöglichkeit der Leistung bei zweiseitigen Schuldverhältnissen.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag, Band I. Leipzig 1902.

Motive zum Entwurf 1. Lesung.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Oebike, Greift die Einrede des nicht erfüllten Vertrages Platz bei der Verpflichtung der Gesellschafter gegeneinander nach gemeinem Recht und B. G. B. Dissertation Erlangen 1903.

Philipp, Das Recht auf die Gesellschaftsbeiträge. Erl. Diss. 1903.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Band II. 3. Aufl.

Schollmeyer, Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.

Steinbach, Rechtsgeschäfte der wirtschaftlichen Organisation. Wien 1899.

Staub, Die positiven Vertragsverletzungen 1904 (auch Festschrift für den Juristentag 1902 S. 2 ff.)

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichen Recht Leipzig 1900.

Windscheid-Kipp, Pandekten, Band II. 9. Aufl.

Eschelbacher, Das Recht auf die Gesellschaftseinlagen. Diss. Rostock 1902.

Nicolai, Die Anwendbarkeit der allgemeinen Sätze über die gegenseitigen Verträge auf die Gesellschaft nach dem B. G. B. Diss. Leipzig 1902.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl.

Staudinger, Kommentar zum B. G. B. 3. und 4. Aufl.

Rettig, Die stille Gesellschaft des H. G. B. Diss. Rostock 1902.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546812_0114

A.

Das Problem, welches in dem Thema der vorliegenden Abhandlung enthalten ist, liegt in dem Gegensatz zwischen den Gruppen der sogenannten Austauschverträge und der Associationen begründet. Diese beiden Vertragsarten bilden die beiden Grundformen des Verkehrs. Ihre rechtliche Ausgestaltung ist indessen sehr ungleichmäßig vorgeschritten. Ihering sagt hierzu: „Die eine Hälfte des Rechts, das Recht des Tauschverkehrs, haben die Römer in so vollendeter Weise entwickelt, daß den modernen Völkern nur nach gewissen Seiten hin eine Ergänzung übrig bleibt, an dieser zweiten Hälfte des Verkehrs werden sie umsomehr zu tun finden." [1] Wenn man sich den mannigfaltigen Streit der Meinungen vergegenwärtigt, der die Literatur des Gesellschaftsrechtes bis in die neueste Zeit hinein beherrscht, wird man finden, daß diese Aeußerung nicht ganz unzutreffend ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das Gesellschaftsrecht in den §§ 705—740 einer eingehenden Regelung unterzogen und dadurch manche umstrittenen Verhältnisse endgültig geordnet; indessen ist gerade die wichtige, schon in der gemeinrechtlichen Literatur vielfach behandelte Frage, ob und inwieweit der Gesellschaftsvertrag als ein gegenseitiger Vertrag zu behandeln sei, offen gelassen. In den Motiven [2] heißt es, daß die Lösung dieses Problems der Wissenschaft

[1] Ihering „Zweck im Recht" S. 217.
[2] Mot. II. S. 598.

und Praxis überlassen bleiben sollte, gewiß ein Beweis dafür, wie groß die Unsicherheit auf diesem Gebiete war, und wie wenig die einschlägigen Rechtsfragen geklärt waren.

Die ganze Frage hat zudem im Bürgerlichen Gesetzbuch dadurch eine erhöhte und prononcirte Bedeutung bekommen, daß dieses Gesetz im Gegensatz zum früheren Recht den Besonderheiten der sogenannten „Gegenseitigen Verträge" durch eine allgemeine zusammenfassende Regelung im 2. Titel des 2. Abschnittes im Recht der Schuldverhältnisse gerecht wurde. (§§ 320 ff.)

Die Literatur, die sich dem Gegenstande gewidmet hat, ist außerordentlich reichhaltig, und an Vorschlägen, wie im Einzelfall nach Billigkeit zu entscheiden sei, ist kein Mangel; indessen liegt eine systematische, einheitliche Bearbeitung des Stoffes, wie sie im Folgenden versucht werden soll, noch nicht vor.

B I.

Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt in den §§ 320 ff. eine Reihe von Bestimmungen, denen es ihr Geltungsgebiet mit der Titelüberschrift „Gegenseitiger Vertrag" anweist. Die Meinungsverschiedenheiten, die über das Anwendungsgebiet der §§ 320 ff. bestehen, rühren nun einmal davon her, daß dem Begriff des gegenseitigen Vertrages in der Wissenschaft eine sehr verschiedene Ausdehnung gegeben wird; zum anderen sind sie darauf zurückzuführen, daß von einzelnen Autoren angenommen wird, die erwähnten Paragraphen seien trotz der ihnen gegebenen Ueberschrift nicht auf alle gegenseitigen Verträge anzuwenden, vielmehr seien die besonders geregelten Verträge auszunehmen, oder es kämen nur die sogenannten Austauschverträge in Betracht. Alle Behauptungen dieser letzteren Art insinuiren dem Gesetz eine Ungenauigkeit in Form und Anordnung, die einer

stichhaltigen Begründung entbehrt; die sorgfältige Ausdrucksweise, deren sich das B. G. B. selbst in Einzelbestimmungen befleißigt, läßt eine solche Ungenauigkeit in Betreff einer ganzen Gruppe wichtigster schuldrechtlicher Bestimmungen als ausgeschlossen erscheinen, [1]) zumal wo sie bei der schon vor Einführung des Gesetzes herrschenden Unbestimmtheit des Begriffes „Gegenseitiger Vertrag" geeignet wäre, die Verwirrung zu erhöhen.

Somit können wir den Satz aufstellen, daß die §§ 320 ff., falls der Gesellschaftsvertrag ein gegenseitiger Vertrag sein sollte, auf diesen prinzipiell Anwendung finden. Wir haben deshalb zunächst die Frage zu untersuchen, ob der Begriff des gegenseitigen Vertrages auch den Gesellschaftsvertrag umfaßt. [2])

Die Meinungsverschiedenheiten, welche über diesen Gegenstand in der Literatur herrschen, beziehen sich weniger auf den Begriff des gegenseitigen Vertrages als auf das Wesen des Gesellschaftsverhältnisses. Man kann sagen, daß für die Definitionen des gegenseitigen Vertrages im allgemeinen die von Windscheid [3]) gegebene Begriffsbestimmung grundlegend gewesen ist, nach der „die gegenseitigen Verträge darauf gerichtet sind, einen Austausch von Leistungen zu bewirken; jede der Vertrag schließenden Parteien soll für die Leistung, welche sie zu fordern berechtigt sind, ihrerseits ein Aequivalent in einer eigenen Leistung zu geben verpflichtet sein." Wir finden hier bereits die Forderungen des Leistungsaustausches und der Aequivalenz der Leistungen, die auch in der Literatur zum B. G. B. im großen und

[1]) Vergl. Planck II. S. 729.

[2]) Die Behauptung Nicolais (S. 23): „Der Gesellschaftsvertrag gilt hier (im B. G. B.) unbestritten als gegenseitiger Vertrag auch im Sinne der §§ 320 ff." trifft, wie schon eine oberflächliche Betrachtung der einschlägigen Literatur ergibt, nicht im geringsten zu; vgl. dazu die Ausführungen von Schollmeyer, Titze, Endemann, Lotmar und Steinbach.

[3]) Pandektenrecht § 320; Dernburg I §§ 91. Planck II S. 136.

ganzen vertreten werden.[1]) Modifikationen finden sich insofern, als einige auf das Merkmal des direkten Austausches verzichten und nur verlangen, daß die eine Verpflichtung „als Entgelt der anderen, mit Rücksicht auf die andere" oder „um der anderen Willen" eingegangen sei.[2])

Indessen fällt die Entscheidung darüber, ob der Gesellschaftsvertrag diesen Anforderungen entspricht, sehr verschiedenartig aus. Sofern ein direkter Leistungsaustausch verlangt wird, müßte dem Gesellschaftsvertrag der Charakter der Gegenseitigkeit abgesprochen werden; jedoch zieht z. B. Windscheid diese Konsequenz nicht, mit der Begründung, der Gesellschaftsvertrag sei eben ein gegenseitiger Vertrag besonderer Art.[3]) Andere behaupten, daß wenigstens die Beitragsleistungen unter direktem Austausch ständen, und daß damit den Anforderungen der Gegenseitigkeit genügt sei.[4]) Am meisten aber ist die Frage bestritten, ob die geforderte Aequivalenz unter den Verpflichtungen der Gesellschafter bestehe. Wegen ihrer eigenartigen Auffassung mögen hier hervorgehoben werden die Theorien von Kuntze[5]) und Steinbach.[6])

Kuntze unterscheidet dualistische und pluralistische Verträge. Zu den Letzteren gehört seiner Ansicht nach die Gesellschaft, während die Ersteren ihrer Natur nach auf zwei Parteien zugeschnitten sind.[7]) Nur diese aber, behauptet er, beruhen auf dem Aequivalenzgedanken.

---

[1]) Endemann I § 124, Crome II 1 S. 165. Nach Cosack I § 86 I 2a muß jede Leistung, die eine der Parteien zu fordern berechtigt ist, geradezu das Ziel und der Zweck der von der Gegenpartei versprochenen Leistung sein. Nach Titze soll die eine Leistung der juristische Zweck der anderen sein.

[2]) Enneccerus-Lehmann I 2, Oertmann S. 763, Knoke S. 42, Krahmer S. 80, Schollmeyer S. 185, Staudinger II 1 S. 180 ff., Kisch.

[3]) Pandektenrecht § 405 A 1a.

[4]) vgl. Planck II S. ; Nicolai S. 24.

[5]) a. a. O. S. 3[illegible].

[6]) a. a. O. S. 2 ff.

[7]) ähnlich Dernburg.

Steinbach stellt Verträge, die die Ueberlassung wirtschaftlicher Güter und solche, die die Schaffung oder Ergänzung des Subjektes der Wirtschaft zum Inhalt haben, gegenüber. Der Gesellschaftsvertrag ist nach seiner Auffassung den Letzteren zuzurechnen, hat deshalb nicht den Austausch von Güteräquivalenten zum Zweck, sondern die Organisation der Wirtschaft, des wirtschaftenden Subjektes.

Bei dem mannigfaltigen Hin und Her der das vorliegende Thema betreffenden Streitfragen sieht man sich, sofern man selbst Stellung nehmen will, darauf verwiesen, bei der Aufstellung des Begriffes „Gegenseitiger Vertrag" von der Interpretation des Gesetzes selbst auszugehen.[1])

Das Bürgerliche Gesetzbuch definiert selbst nicht; es kann auch nicht einen feststehenden Begriff aus der ihm vorausgehenden Rechtsperiode übernommen haben, da es einen solchen nicht gab. Vielmehr hat es, wie aus der in der Einleitung zitierten Stelle aus den Motiven[2]) hervorgeht, eine Entscheidung in dieser strittigen Frage absichtlich vermieden. So scheint zunächst der einzige Anhaltspunkt zur Aufstellung eines Begriffs der Gegenseitigkeit der Inhalt und der Zweck der in Rede stehenden Gesetzesbestimmungen zu sein. Vermittels Interpretation der §§ 320 ff., durch Erforschung des ihnen zugrunde liegenden Zweckgedankens, müssen wir versuchen, die Grenzen ihres Anwendungsgebietes, das durch die Ueberschrift „Gegenseitiger Vertrag" gekennzeichnet ist, zu bestimmen, um so den Inhalt dieses Begriffes festzustellen.

---

[1]) Hierbei will ich nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, daß unter Gegenseitigkeit im Folgenden immer dasjenige durch den Parteiwillen gesetzte tatsächliche Moment verstanden werden soll, daß die Voraussetzung zur Anwendung der §§ 320 ff. bildet; an sich ist je auch die Auffassung möglich, daß die Gegenseitigkeit in den rechtlichen durch die §§ 320 ff. gesetzten Beziehungen bestehe.

[2]) Motive II, S. 598.

Der Sinn gesetzlicher Bestimmungen kann vielfach durch einen Rückblick auf ihre Entwicklungsgeschichte klargestellt werden. Es empfiehlt sich deshalb, die Vorgeschichte der in Frage kommenden Paragraphen in Betracht zu ziehen. Wie die Vorschriften des B. G. B. im allgemeinen, sind auch die §§ 320 ff. keineswegs völlige Neuschöpfungen; vielmehr fußen sie auf gemeinem und preußischem Recht. Es gab bereits früher Vorschriften über die Erfüllungsverweigerung sowie über die Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen. Es liegt somit nahe, zunächst einmal den Wirkungskreis, den diese den §§ 320 ff. zugrunde liegenden Rechtsnormen gehabt haben, zu untersuchen. In der Tat scheint sich hier ein Ausgangspunkt für unsere Untersuchung zu bieten. So kann die im § 320 normierte Einrede des nichterfüllten Vertrages in ihrer rechtsgeschichtlichen Entwicklung zurückverfolgt werden, man sieht, wie sie im prätorischen Recht zunächst für den Kaufvertrag geschaffen wurde, späterhin aber im gemeinen Recht auch auf kaufähnliche Verträge, allgemein und unbestritten ausgedehnt wurde.[1]) Sie war notwendig geworden bei der Entwicklung des Verkehrs und dem damit verbundenen ausgedehnten Umsatz wirtschaftlicher Güter. Wenn nämlich Letzterer gehoben werden sollte, mußte jedem der sich gegenüberstehenden Kontrahenten die sichere Aussicht geboten werden, für die eigene Leistung die Gegenleistung zu erhalten, oder aber solange zur Leistung nicht verpflichtet zu sein, als die Gegenleistung nicht bewirkt wurde. Diesen Anforderungen entsprach wenigstens teilweise die exceptio non adimpleti contractus.

Um die Lücken, die sie ließ, auszufüllen, wurden späterhin noch einige Rechtssätze entwickelt, zu denen namentlich diejenigen über die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung gehören.

---

[1]) vgl. Gaius, Institutiones IV., § 126a.

Die Vertragsverhältnisse, auf die diese Bestimmungen angewandt wurden, glaubte man mit der Bezeichnung „Gegenseitige Verträge" am besten charakterisieren zu können, ohne daß man sich über den Inhalt, der dem Begriff „gegenseitig" zu geben war, recht klar war. Ganz unzweifelhaft war eben nur, daß der Kaufvertrag und ihm ähnliche Verträge gegenseitig seien.

Wenn man unter Berücksichtigung dieser Sachlage den dem Ausdruck „Gegenseitiger Vertrag" im B. G. B. zugrunde gelegten Begriff ins Auge faßt, so ergibt sich folgende Grundlage: Die durch das gemeine Recht geschaffene Situation ist durch das B. G. B. nicht verändert worden. Die exceptio non adimpleti contractus ist in Gestalt der Einrede des nichterfüllten Vertrages übernommen (§ 320); in den §§ 323 ff. sind die rechtlichen Folgen der Unmöglichkeit der Leistung und diejenigen des Verzuges geregelt worden. Wenn nun die Bezeichnung „Gegenseitiger Vertrag" im B. G. B. beibehalten ist, so ist daraus zu schließen, daß der Begriff des gegenseitigen Vertrages übernommen worden ist, soweit er unbestritten und allgemein anerkannt war; daß dagegen die Entscheidung der noch ungeklärten Grenzfragen abgelehnt worden ist, dadurch daß man vermied, den betreffenden Paragraphen eine Definition zugrunde zu legen, die man wegen der herrschenden Unsicherheit auf diesem Gebiete sonst wohl hätte erwarten dürfen.

An dem Beispiel des Kaufvertrages, in dem nach vorstehenden Ausführungen mit Sicherheit ein gegenseitiger Vertrag zu erblicken ist, und auf den demnach die §§ 320 ff. Anwendung zu finden haben, soll nun versucht werden, den Sinn und den Zweck, den die Vorschriften der §§ 320 ff. verfolgen, zu erklären. Um dieses Beginnen durchzuführen, muß zuvörderst festgestellt werden, in welchem Verhältnis im großen und ganzen die Bestimmungen über den gegen-

seitigen Vertrag zu den allgemeinen Vorschriften über Verträge stehen.

§ 320 gibt die bereits erwähnte Einrede des nicht-erfüllten Vertrages: „Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist." Ohne diese Bestimmung würde dem Verpflichteten nur das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 zustehen. Das Verhältnis unserer Einrede zu diesem allgemeinen Retentionsrecht ist bestritten. Von einigen Autoren wird geltend gemacht, daß Letzteres ein anderes Geltungsgebiet habe, als Erstere, da es bei allen aus demselben rechtlichen Verhältnis entsprungenen Ansprüchen und Gegenansprüchen, ohne Ansehung des Rechtsgrundes Anwendung finde.[1]) Dem ist mit Oertmann[2]) entgegenzuhalten, daß allerdings der Zusammenhang der beiderseitigen Ansprüche im Fall der Einrede viel fester ist als beim gewöhnlichen Zurückbehaltungsrecht. Dadurch wird aber gerade die schärfere Wirkung der Einrede begründet, die nach Satz 3 Absatz 1 darin besteht, daß das Einrederecht nicht durch Sicherheitsleistung abgewandt werden kann. Unsere Einrede ist deshalb als ein potenciertes Zurückbehaltungsrecht[3]) anzusehen.

§ 321 bestimmt: Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird, die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt, oder Sicherheit für sie geleistet wird. Das Vorrecht, daß diese Vorschrift, die zum Teil den Gedanken der

[1]) Schollmeyer § 320 N 1 a. A. Ennecc.-Lehmann I 2 S. 447.
[2]) A. a. O. S. 151 Erl. 3.
[3]) Oertmann a. a. O.

clausula rebus sic stantibus verwirklicht, dem vorleistungspflichtigen Kontrahenten gewährt, gehört allein dem Recht der gegenseitigen Verträge an und hat im allgemeinen Vertragsrecht kein Analogon.

Auf den Inhalt des § 322 braucht in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen zu werden, da er lediglich prozessual ergänzende Bestimmungen zu den §§ 320, 321 gibt.

Erhebliche Besonderheiten bringt dann § 323. Nach ihm verliert der, dem die aus einem gegenseitigen Vertrage obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, den Anspruch auf die Gegenleistung. Bei teilweiser Unmöglichkeit tritt Minderung der Gegenleistung ein. Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruches, so bleibt er zu Gegenleistung verpflichtet; dieser mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruches hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt. Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden.

Ohne § 323 würden nur § 275 und § 281 auf das Rechtsverhältnis anzuwenden seiu. Es würde trotz Befreiung von der eigenen Leistung der Schuldner Anspruch auf die Gegenleistung haben, und im Falle teilweiser Unmöglichkeit würde doch die ganze Gegenleistung fällig sein.

In den §§ 324 wird dieses Prinzip des § 323 für den Fall, daß der Gläubiger der unmöglich gewordenen Leistung die Unmöglichkeit zu vertreten hat, oder die dem einen Teile obliegenden Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich

wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist, dahin modifiziert, daß der wegen Unmöglichkeit Befreite doch den Anspruch auf die Gegenleistung behält. Allerdings muß er sich dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

§ 325 gibt besonders verschärfte Bestimmungen für den Fall, daß die Unmöglichkeit der Leistung von dem Schuldner selbst zu vertreten ist. Während im allgemeinen nur ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gegeben wird gemäß § 280, gewährt dieser Paragraph das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, und das auch bei teilweiser Unmöglichkeit, sofern die teilweise Erfüllung des Vertrages für den anderen Teil kein Interesse hat.

§ 326 regelt die besonderen Folgen des Verzuges dahin, daß der nicht im Verzuge befindliche Teil dem anderen Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen kann, daß er die Abnahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne; nach dem Ablauf der Frist ist er dann berechtigt, Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. Wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges kein Interesse für den anderen Teil hat, sollen ihm diese Rechte auch ohne Fristbestimmung zustehen (Abs. II).

Nur im letzterwähnten Falle kann auch nach allgemeinen Grundsätzen Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden; sonst besteht nur ein Anspruch auf Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens, da das Recht auf Fristbestimmung und demzufolge auf ev. Ablehnung der Leistung nicht gegeben ist.

§ 327 enthält nur nähere Bestimmungen über das in den §§ 325, 326 gegebene Rücktrittsrecht.

Wie aus der vorstehenden kurzen Uebersicht hervorgeht, enthalten die Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag z. T. Verschärfungen der bestehenden allgemeinen Bestimmungen, z. T. aber auch neue Vorschriften, deren Wesen in einer engen rechtlichen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung besteht. [1])

Da die Gestaltungen des Rechts ihrem Zwecke entsprechend an die wirklichen Erscheinungen des Lebens anknüpfen, so muß man aus jener nahen rechtlichen Verbindung der gegenseitigen Verpflichtungen schließen, daß sie auch tatsächliche enge Beziehungen unter den Letzteren zur Voraussetzung haben, und in diesen Beziehungen muß das Charakteristische der Verträge liegen, die das Gesetz als gegenseitige bezeichnet.

Aus diesen Erwägungen heraus mögen jetzt die oben mitgeteilten Theorien des gegenseitigen Vertrages einer Prüfung unterzogen werden. Der Windscheid'schen Theorie, die in dem Austausch der Leistungen das entscheidende Merkmal erblickt, wird man zunächst entgegenhalten müssen, daß sie die Ursache mit der Wirkung zu verwechseln scheint. Der Leistungsaustausch bezeichnet nicht das Wesen der nahen Beziehung zwischen den Verpflichtungen selbst, sondern er ist nur eine Folge derselben. Er deutet wohl auf diese Beziehung hin, indessen ist der Schluß, daß Letztere dann fehle, wenn der Leistungsaustausch nicht erfolgt, durchaus unbegründet. Man kann dem Austausch höchstens den Wert eines Symptoms der Gegenseitigkeit zumessen, von dem keineswegs nachgewiesen ist, daß es notwendiger Weise in allen Fällen vorliegen muß.

Ähnliches läßt sich an den Definitionen bemängeln, die die Aequivalenz der Leistungen zum Kennzeichen des gegenseitigen Vertrages erheben. Wenn man sich vergegenwärtigt,

[1]) Die genetische und functionelle Abhängigkeit.

daß die Gegenseitigkeit in einem nahen wirtschaftlichen Connex der Verpflichtungen besteht, wie wir oben ausgeführt haben, so wird sofort klar, daß jene Aequivalenz nicht die Gegenseitigkeit bezeichnen kann. Denn wollte man dies bejahen, so käme man zu der absurden Schlußfolgerung: Die Leistung des A. steht in engster Verbindung mit der des B., weil sie ihr äquivalent ist. Richtig ist aber nur folgender Schluß: Wenn die Leistungen äquivalent sind, besteht die Vermutung, daß sie in einer besonderen, nahen Beziehung zu einander stehen.

Wenn von anderen neben der Aequivalenz der Leistungen noch gefordert wird, daß die eine Leistung „als Entgelt" der Gegenleistung, „um ihretwillen" oder „aus Rücksicht auf sie" gedacht sein müsse, so ist damit nur gesagt, daß eben eine gewisse Abhängigkeit zwischen beiden vorliegen muß; *worin* diese aber besteht, bleibt unaufgeklärt.

Ganz anders schon steht es mit der Theorie, welche fordert, daß die eine Leistung den Zweck der anderen bilden müsse. Hierüber gelangt man zur Klarheit, wenn man sich an dem Beispiel des Kaufvertrages den Zweck der in den §§ 320 ff. niedergelegten vertragsrechtlichen Besonderheiten, deren Inhalt wir oben erörtert haben, vergegenwärtigt.

Den Grundgedanken des Kaufvertrages kann man folgendermaßen ausdrücken: Der Käufer will für das Geld, das er dem Verkäufer zahlt, den Kaufgegenstand in Empfang nehmen, d. h. er will für Nutzung und Eigentum an der Kaufsumme Nutzung und Eigentum an der verkauften Sache eintauschen. Entsprechend liegt die Sache vom Standpunkt des Verkäufers aus. Diesen Willen schützt nun das Gesetz nicht schon durch die §§ 433 ff., denn diese schreiben zwar Inhalt und Umfang der beiderseitigen Pflichten und Rechte vor, regeln aber nicht das Verhältnis derselben zueinander. Deshalb müssen die Bestimmungen über gegenseitige Verträge zur Anwendung kommen. Denn

würde z. B. der Verkäufer den Preis zu fordern berechtigt sein, ohne die Gegenleistung seinerseits anbieten zu müssen, so würde ev. der Käufer der Nutzung an dem Gelde verlustig gehen, ohne diejenige an dem Kaufgegenstand dafür zu erhalten, hauptsächlich aber würde er Gefahr laufen, daß der Verkäufer mit der Leistung der Kaufsache Schwierigkeiten macht oder daß diese Leistung unmöglich wird. Er würde somit seine Leistung erfüllt haben, ohne daß er den mit ihr verbundenen Zweck erreichte. Hiervor schützt ihn die Einrede des § 320; daß das Zurückbehaltungsrecht des § 273 nicht einen ebenso wirksamen Schutz bietet, ist oben bereits ausgeführt.

Wenn ferner im § 321 dem vorleistungspflichtigen Käufer oder Verkäufer gestattet wird, bei nachträglicher wesentlicher Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des anderen Teiles die Leistung zu verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt wird, so wird damit auch nur dem Billigkeitsgefühle genügt, welches verlangt, daß der Verkäufer seine Ware nicht auf Kredit herzugeben verpflichtet sein soll, während der Käufer vielleicht schon seine Zahlungen eingestellt hat. Es würde doch der Zweck der Verpflichtung des Verkäufers verfehlt sein, wenn er selbst zu leisten verpflichtet wäre, ohne doch der Gegenleistung sicher zu sein.

Nimmt man ferner den Fall an, daß schon eine Unmöglichkeit der Leistung des Kaufgegenstandes vorliegt, so würde nach § 275 I der Verkäufer von seiner Verpflichtung befreit werden, der Käufer dagegen wäre nach wie vor gehalten, das Kaufgeld zu erlegen. Auch hier wird die Vereitelung des Zwecks durch § 323 hintangehalten.

Ebenso lassen sich die in den §§ 324 ff. enthaltenen Verschärfungen der allgemeinen Bestimmungen des Vertragsrechts nur durch die Tendenz des Gesetzes erklären und begründen, die darauf abzielt, die rechtliche Beziehung zwischen Leistung und Gegenleistung so zu gestalten, daß

jede von beiden nur dann erfüllt zu werden braucht, wenn die Erreichung des mit ihr verbundenen Zweckes gesichert erscheint, und daß, wenn die Zweckerfüllung völlig oder teilweise ausgeschlossen ist, eine möglichst vollständige Schadloshaltung des Betroffenen und vor allen Dingen Befreiung von der eigenen Leistung eintritt.[1]) Diese Tendenz kann man kurz als diejenige des Zweckschutzes bezeichnen. Wie aus Vorstehendem hervorgeht, wird dieser Zweckschutz von dem Gesetze dadurch angestrebt, daß an die nicht rechtzeitige Erfüllung, die Unmöglichkeit oder die Verzögerung der Gegenleistung gewisse Rechte für die andere Partei geknüpft werden. Hieraus folgt natürlich, daß die Abhängigkeit der Zweckerreichung von der Erfüllung der Gegenleistung vorausgesetzt wird. Da nun diese Abhängigkeit die einzige Voraussetzung ist, die wir nötig haben, um die Anwendung der §§ 320 ff. gerechtfertigt zu finden, so haben wir darin das Wesen der Gegenseitigkeit zu erblicken. Nicht zu vergessen ist, daß es hierbei für das Recht darauf ankommt, ob diese Abhängigkeit nach dem Willen der Parteien und dem Sinn, der dem Vertrage zugrunde liegt, besteht; unwesentlich ist es, ob sie gegebenenfalls von den Zufällen des täglichen Lebens illusorisch gemacht wird.

Die vorstehend bezeichnete Abhängigkeit kann nur in zwei Formen erscheinen: Entweder bildet die Gegenleistung selbst den Zweck der von dem einen Teil eingegangenen Verpflichtung, oder sie ist als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes begründet worden. Diesen letzteren Fall erkennt Titze nicht als einen Fall des gegenseitigen Vertrages an,

[1]) § 323 III Rückforderung nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung; § 324 Fortexistenz des Anspruchs auf die Gegenleistung nach Maßgabe von Absatz I S. 2 §§ 325, 326 Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktrittsrecht, beim Verzuge prinzipiell nur nach Ablauf der gesetzten Frist (§ 326 I 1.)

da nach seiner Formulierung die Gegenseitigkeit darin besteht, daß „die Berechtigung den juristischen Zweck der Verpflichtung bedeutet." Zu dieser Einschränkung liegt nach den obigen Ausführungen also kein Grund vor; auch ist das von Titze angeführte Argument, die Abhängigkeit könne in diesem Falle nur eine wirtschaftliche, nicht aber eine juristische sein, m. E. nicht stichhaltig, Sobald jene Abhängigkeit von den Parteien vorausgesetzt und gewollt ist, wie wir es ja auch verlangen, ist eine juristische Abhängigkeit gegeben.

Nunmehr ist im Zusammenhang mit vorstehender Darlegung das Wesen des Gesellschaftsvertrages zu untersuchen.

Der Grundgedanke wird von Jhering einwandsfrei ungefähr folgendermaßen formuliert[1]): „Es entspricht dem Interesse der einzelnen, ihre Kräfte und Mittel zu vereinigen, wenn der Zweck die Kräfte des einzelnen übersteigt, oder wenn die gemeinsame Verfolgung desselben eine Ersparnis in Bezug auf die aufzubietenden Mittel oder eine größere Sicherheit der Zweckerreichung in Aussicht stellt. Die juristische Form dafür ist der Societätsvertrag."

Demnach steht es außer Zweifel, daß jedes einzelne Gesellschaftsmitglied die Leistungen der übrigen Mitglieder bewußt in Beziehuug zu dem angestrebten Gesellschaftszweck setzt. Es besteht also die geforderte Abhängigkeit des Zweckes der einen Leistung von der Erfüllung der Gegenleistung in der Art, daß Letztere als ein Mittel zur Erreichung des Zweckes gewollt wird. Dies geht auch klar aus der Definition des B. G. B. hervor. § 705 sagt: Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern, insbesondere die vereinbarten Beiträge zu leisten."

[1]) a. a. O. S. 125.

Der Gesellschaftsvertrag ist somit ein gegenseitiger Vertrag, und die §§ 320 ff. sind deshalb prinzipiell auf ihn anzuwenden.

B II.

Bevor in die Untersuchung darüber eingetreten wird, inwieweit die Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag im einzelnen auf den Gesellschaftsvertrag anzuwenden sind, muß festgestellt werden, welche Verpflichtungen überhaupt innerhalb eines gegenseitigen Vertrages von den §§ 320 ff. betroffen werden. Es ist unbestritten, daß hier nicht alle in Betracht kommen, sondern daß immer das Kriterium der Gegenseitigkeit vorliegen muß. Demnach kann es sich nur um die unmittelbar auf dem Vertrage beruhenden Verpflichtungen handeln. Alle die, welche späterhin entstehen, sind ausgeschlossen; denn da ihre Entstehung nur eine Folge des ursprünglichen Hauptvertrages ist, können sie nicht gegenseitig sein, da die Gegenseitigkeit begrifflich eine gegenseitige Zwecksetzung, also einen Vertrag, voraussetzt.

Nach § 705 beruhen nur die wechselseitigen Verpflichtungen der Gesellschafter, „die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern", unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrage. Auf sie allein haben demnach die Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag Anwendung zu finden. In Fortfall kommen somit z. B. die Verbindlichkeiten, die aus der Geschäftsführung entstehen [1]) (§§ 709 ff.), ferner die gemäß § 716 dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zustehenden Rechte, wie z. B. das Recht auf Einsicht der Bücher; außerdem die gelegentlich des

[1]) so auch Knoke S. 44; hier greifen gemäß § 713 die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664—670 ein.

Auseinandersetzungsverfahrens zur Entstehung kommenden Ansprüche.[1])

Die Art und Weise, in der die Gesellschafter ihrer Pflicht, die Erreichung des Gesellschaftszweckes zu fördern, nachzukommen haben, besteht vertragsgemäß meistens in der Leistung von Beiträgen, mögen diese nun Geld oder andere Sachen, die Leistung von Diensten oder die Ueberlassung der Benutzung eines Gegenstandes zum Inhalt haben. Für die Form, in der die §§ 320 ff. im einzelnen anzuwenden sind, ist die Entscheidung der Streitfrage, wem der Anspruch auf Einzahlung dieser Beiträge zustehe, wesentlich. In der Litteratur steht die nächstliegende Auffassung, nach der jedes einzelne Gesellschaftsmitglied forderungsberechtigt ist, nicht unbestritten da. Vielmehr wird von manchen die Meinung vertreten, daß die Gesamtheit der Gesellschafter oder das Gesellschaftsvermögen Subjekt der Ansprüche auf die Beiträge sei.[2]) Zu Gunsten dieser Ansicht führt Enneccerus folgendes aus: Man müsse aus Billigkeits- und Zweckmäßigkeitsgründen den Standpunkt ablehnen, der dem Einzelnen das Recht auf die Einforderung der Leistungen zugestehe Erstens würden, wenn sich die Gesellschafter Dritten gegenüber nur mit dem Gesellschaftsvermögen verpflichtet hätten, ihre noch zur Gesellschaft geschuldeten Beiträge kein Exekutionsobjekt für den Gläubiger bilden. Zweitens würden die mit der Geschäftsführung beauftragten Gesellschafter zur Einziehung der Beiträge der einzelnen Mitglieder nicht verpflichtet sein, und ihre Berechtigung zur Einziehung der Beiträge würde nicht auf ihrer Befugnis zur Geschäftsführung, sondern nur auf ihrer Mitgliedseigenschaft beruhen.

Diese Erwägungen sind schon wegen ihrer rein praktischen Natur wenig geeignet, in einer konstruktionellen Frage den

[1]) vgl. die Aufzählung bei Nicolai S. 28.

[2]) Enneccerus S. 732; Dernburg II § 357; Schollmeyer S. 143; Windscheid-Kipp IX Aufl. II § 407.

Ausschlag zu geben; zudem sind sie auch an sich nicht zutreffend. Hinsichtlich des letzteren Punktes ist mit Planck[1]) einzuwenden, daß die Gesellschafter ja das geschäftsführende Mitglied zur Einziehung der Beiträge ermächtigen können. Im übrigen ist zu bemerken, daß durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Nachtrag eine Bestimmung getroffen werden kann, wonach die Ansprüche auf die Beiträge zum Gesellschaftsvermögen gehören sollen; auch braucht sich der Gläubiger auf eine Beschränkung der Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen nicht einzulassen, wird es auch tatsächlich nicht tun, wenn nicht eine Bestimmung der erwähnten Art besteht.

Wir stellen uns also auf den Standpunkt, daß hinsichtlich der gemäß § 705 aus dem Gesellschaftsvertrage für die Kontrahenten entspringenden Verpflichtungen die einzelnen Gesellschafter forderungsberechtigt sind.[2]) Auch der Wortlaut des § 705: „Durch den Gesellschaftsvertrag verpflichten sich die Gesellschafter gegenseitig," spricht dafür, daß es sich um Ansprüche der einzelnen Gesellschafter gegeneinander handelt. Ferner sagt § 718: Die Beiträge der Gesellschafter *werden* gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter. Daraus ist zu folgern, daß erst das wirklich Eingebrachte, nicht aber schon die Ansprüche auf Leistung der Einlagen, Bestandteil des Gesellschaftsvermögens wird. Es soll endlich nicht unterlassen werden, auf die Ausführungen Oertmann's[3]) hinzuweisen, der mit Recht bemerkt, daß das Zustandekommen der Gesellschaft erst Folge des Gesellschaftsvertrages ist, dieser selbst also nur zwischen den Gesellschaftern als Individuen geschlossen werden und nur ihnen Rechte verleihen kann. Auch ist der Hinweis darauf beachtenswert, daß nach

[1]) a. a. O. S. 750 ff.

[2]) vgl. auch Crome § 281 II 1b; Cosack § 277 I 4; Goldmann-Lilienthal S. 731 Knoke S. 34.

[3]) a. a. O. S. 752 ff.

der gegnerischen Ansicht jeder Gesellschafter für den Bereich seines Gesellschaftsanteiles sein eigener Schuldner sein würde; ja es müßte sogar, da nach § 709 im Zweifel alle Gesellschafter gemeinschaftlich zur Geschäftsführung berechtigt sind, der in Anspruch genommene Gesellschafter einwilligen, daß gegen ihn selbst geklagt würde — Folgerungen, welche die ihnen zugrunde liegende Theorie ad absurdum führen!

Natürlich kann das einzelne Gesellschaftsmitglied nur auf Leistung an alle klagen, da ihm nur die Leistung an alle versprochen worden ist. Den § 432 hierfür zugrunde zu legen, wie es Oertmann[1]) tut, scheint nicht empfehlenswert, schon um die etwas künstliche Konstruktion, nach der an und für sich teilbare Beitragsleistungen (etwa Geld) als ihrem Zwecke nach unteilbar angesehen werden sollen, zu vermeiden.

Nach Erörterung dieser Vorfragen kommen wir zu dem eigentlichen Ziele unserer Untersuchung, zu der Frage, inwiefern die §§ 320 ff. im einzelnen auf den Gesellschaftsvertrag anzuwenden sind. Daß die Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag nur in modifizierter Gestalt Anwendung finden können, wird in der Literatur unter Hinweis auf die besondere Struktur der Gesellschaft allgemein anerkannt. Auch die Tatsache, daß das Gesellschaftsrecht (§§ 705 ff.) Spezialvorschriften enthält, die in gewisser Weise in das Normengebiet der §§ 320 ff. eingreifen, deutet darauf hin. Die Stellung dieser Vorschriften zu den allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 ff. bildet eine der Hauptstreitfragen, die sich auf die Modifikation dieser Letzteren im Gesellschaftsrecht beziehen.

Die Literatur, welche sich mit dem vorliegenden Problem beschäftigt, beschränkt sich durchweg auf die Erörterung der Einzelfälle, wobei Vorschläge zu Modifikationen meistens auf

[1]) a. a. O. S 765.

Grund von Billigkeitserwägungen gemacht werden, ohne daß durch methodische Untersuchung des Stoffes die Gewinnung einheitlicher Gesichtspunkte angestrebt würde. Daß aber der Begriff der Billigkeit wegen seiner Relativität in der Wissenschaft nur von geringem Werte ist, bedarf keiner Erörterung. Deshalb genügt es zu einer wissenschaftlichen Lösung des Problems nicht, daß man in der Behandlung des Einzelfalls den Besonderheiten des Gesellschaftsvertrages insofern Rechnung trägt, als man versucht, durch Modifikation der §§ 320 ff. in Verbindung mit den Sonderbestimmungen der §§ 705 ff. ein der Billigkeit möglichst entsprechendes Ergebnis zu erzielen; es muß vielmehr erstrebt werden, durch systematische Untersuchung der Eigenart des Gesellschaftsvertrages zur Aufstellung von Grundsätzen zu gelangen, die es gestatten, bei der Entscheidung im besonderen Fall von einheitlichen Gesichtspunkten auszugehen. In diesem Sinne soll der folgende Versuch unternommen werden.

Wenn wir uns vergegenwärtigen, daß wir im ersten Teil dieser Abhandlung die Gegenseitigkeit als Abhängigkeit des Zwecks der einen Leistung von der Erfüllung der Gegenleistung definiert haben, so werden wir bei der Nennung des Zweckbegriffs sofort auf den prinzipiellen Gegensatz, durch den die Stellung der Gesellschaft gegenüber den anderen gegenseitigen Verträgen gekennzeichnet wird, hingeleitet. Dieser Gegensatz lautet: Identität des Zwecks — Verschiedenheit des Zwecks. Den sogenanten Austauschverträgen ist es eigentümlich, daß die Zwecke der Parteien verschiedene, ev. gegensätzliche sind; nach § 705 gehört es zum Begriff des Gesellschaftsvertrages, daß von den Contrahenten ein gemeinsamer Zweck verfolgt werde. Dieses Prinzip hat nun in seinen einzelnen Folgerungen einen bestimmenden Einfluß bez. der Anwendbarkeit der Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag auf das Gesellschaftsverhältnis. Von besonderer Bedeutung ist es hierbei, wenn noch der Umstand

hinzukommt, daß die Gesellschaft aus mehreren Personen besteht. Diese Möglichkeit veranlaßt Kunze[1]), der Gesellschaft überhaupt den Charakter eines genseitigen Vertrages wegen ihrer pluralistischen Anlage abzusprechen. Wir treten nun zwar nicht der Ansicht bei, daß die Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag nur auf Verträge Anwendung finden können, bei denen sich begrifflich nur 2 Parteien gegenüber stehen können; indessen läßt es sich nicht verkennen, daß das Vorhandensein von mehr als 2 Kontrahenten erhebliche Schwierigkeiten ergibt. Das erklärt sich aus Folgendem: Die Gesellschaft soll z. B. aus den 4 Gesellschaftern A, B, C u. D bestehen. Es bestehen also 6 Einzelverträge innerhalb des Gesellschaftsvertrages, nämlich zwischen A und B, A und C, A und D, B und C, B und D, C und D. Diese Einzelverträge sind indessen nicht selbständig abgeschlossen, vielmehr ergibt sich aus der Gesellschaftsidee, daß jeder von ihnen nur unter der bestimmten Voraussetzung, daß auch alle anderen zustande kämen, abgeschlossen wurde.[2]) Nun mögen die zur Anwendung der §§320 ff. erforderlichen Voraussetzungen in B dem A gegenüber vorliegen, sodaß die Verpflichtung des A teilweise oder ganz in Fortfall kommt; dann sehen sich C und D, die bei Eingehung ihrer Verbindlichkeiten den Bestand der übrigen im Vertrage festgesetzten Rechtsbeziehungen voraussetzten, in ihren Erwartungen getäuscht; denn A könnte ihnen bei unveränderter Anwendung der §§ 320 ff. etwa die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegenhalten, weil B nicht leistet, oder er könnte sich auf Befreiung von seiner Verpflichtung berufen, weil B's Leistung unmöglich geworden sei. Dem auf Grund des

---

[1]) a. a. O.

[2]) Das versteht sich von selbst, wenn man bedenkt, daß niemand sich in einem Gesellschaftsvertrage zur Teilung des Gewinnes mit anderen bequemen würde, wenn er hoffen könnte, ohne ihre Unterstützung den ganzen Gewinn erlangen zu können.

gegenseitigen Charakters des Gesellschaftsvertrages zu schützenden Leistungszweck des A stehen hier die ebenfalls zu schützenden Zwecke gegenüber, die mit den Leistungen des C und D verbunden sind. Die Lösung des hierdurch gegebenen Problems liegt in einem Ausgleich der von A, C und D vertretenen Interessen, dem folgende allgemeine Erwägungen über das Wesen des Gesellschaftsvertrages zugrunde gelegt werden müssen.

B IIa.

Die in der Gemeinsamkeit des Zweckes zu Tage tretende Eigenart des Gesellschaftsvertrages ist der Hauptanlaß zu den einschneidenden Modifikationen, die sich in der Anwendung der Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag auf die Gesellschaft als erforderlich herausstellen. Die Gemeinsamkeit des Vertragszweckes ist nur dadurch möglich, daß die Leistung des Einzelnen nicht schon selbst, wie bei Austauschverträgen, diesen Zweck bildet, sondern nur ein Mittel zu seiner Erreichung darstellt; denn die Leistung des Gesellschafters A kann nicht mit derjenigen des B identisch sein, wohl aber können die verschiedensten Mittel auf die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes gerichtet sein. Dieser Umstand läßt auf dem von den §§ 320 ff. geregelten Gebiete zwei Möglichkeiten zu, die in diesen Gesetzesbestimmungen nicht in Betracht gezogen sind. Einmal ist der Fall denkbar, daß trotz der Anwendung der Mittel der Zweck nicht erreicht wird. Die Zweckerreichung wird also unmöglich, ohne daß die Leistungen unmöglich geworden sind. Die §§ 320 ff. berücksichtigen die Unmöglichkeit, den Zweck zu erreichen, nur in der Unmöglichkeit der Gegenleistung. Soll also im Gesellschaftsrecht der Zweckschutz vollkommen erreicht werden, so muß eine ergänzende Modifikation eintreten: Diese wird gegeben durch § 726; nach ihm endigt die Gesellschaft (also auch die Verpflichtung des

Einzelnen), wenn die Erreichung des vereinbarten Zweckes unmöglich geworden ist.

Zum anderen ist es auch nicht ausgeschlossen, daß der Gesellschaftszweck erreicht wird, obwohl die eine und die andere von zweien oder mehreren als Mittel zur Erreichung desselben dienenden Leistungen unmöglich wird. Auch diesen Fall ziehen die §§ 320 ff. nicht in Betracht, weshalb sie in unveränderter Gestalt nur auf diejenigen Fälle der Gegenseitigkeit passen, bei denen jede der gegenseitigen Leistungen selbst den Zweck der anderen bildet, statt nur als Mittel zur Erreichung desselben zu dienen. Sie bedürfen also auch hier für ihre Anwendung auf den Gesellschaftsvertrag einer Modifikation. Diese muß zunächst darin bestehen, daß die Bestimmung, nach der die Unmöglichkeit der einen Leistung die Aufhebung der Gegenverpflichtung zur Folge hat (§ 323), in Wegfall kommt; denn sie hat zur Voraussetzung, daß durch das Unmöglichwerden der Leistung der Zweck der Gegenleistung unmöglich gewordern ist. Statt ihrer muß den anderen Gesellschaftern ein Recht gewährt werden, sich ihrer Verpflichtung zu entledigen, falls ihnen nach Maßgabe des einzelnen Falles die Erreichung des Gesellschaftszwecks fraglich oder die Fortführung der Gesellschaft nur mit wesentlicher Benachteilung ihrer eigenen Interessen möglich erscheint. Eine schematische Regelung der Folgen des Unmöglichwerdens der Leistung im Sinne des § 323 ist im Gesellschaftsrecht unangebracht, da das Verhältnis des Mittels zum Zweck, d. h. also hier die Abhängigkeit der Zweckerreichung von der einzelnen Leistung, ein außerordentlich verschiedenes sein kann. Aus diesem variierenden Verhältnis der einzelnen Leistung zum Gesellschaftszweck ergibt sich eine derartige Verschiedenheit der Bedürfnisse im einzelnen Fall, daß es Einseitigkeit bedeuten würde, hier eine allgemeine Regel zwingenden Rechts aufstellen zu wollen. Will man der Wirklichkeit gerecht werden,

so muß dem Gesellschafter die Wahl gelassen werden, ob er das Gesetzesrecht zu seinem Schutze anrufen will oder nicht; denn nur die Beurteilung des einzelnen Falles vermag festzustellen, ob das Mittel. welches das Gesetz geben kann, wirklich seinen Zweck erfüllt. Wieso im Einzelnen das B. G. B. diesen Anforderungen entspricht, soll weiter unten ausgeführt werden.

Die Gemeinsamkeit des Zweckes beim Gesellschaftsvertrage weist noch auf andere Momente hin, die für die Modifikation der §§ 320 ff. von allgemeiner Bedeutung sind. In ihr liegt vor allem auch die kulturelle, in sozialem Sinne fördernde Wirkung des Sozietätsprinzipes. Dieses setzt „anstelle des Gegensatzes zweier sich ohne die gesicherte Aussicht auf den Sieg des Rechts bekämpfender Particularinteressen den des Gemein- und Particularinteresses".[1])

Die Gesellschaftsidee zielt dahin, die Konkurrenz mehrerer ein gleiches Ziel Erstrebender durch ein aussichtsreiches Zusammenwirken zu Erreichung des gemeinsamen Zweckes zu ersetzen. Damit dies Erfolg hat, muß naturgemäß im gegebenen Falle das Particularinteresse hinter das Gemeininteresse zurücktreten. Dies ist entsprechend bei der Auslegung der Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag, die doch dem Schutze des Particularinteresses dienen, zu berücksichtigen; allerdings kommt diese Erwägung nur in Frage, soweit die Gesellschaft aus mehr als 2 Personen besteht. Wird sie von nur 2 Mitgliedern gebildet, so kann sich derjenige in dessen Person die Umstände vorliegen, welche gemäß §§ 320 ff. dem anderen Gesellschafter die dort bestimmten Rechte zur Wahrung seines Interesses an die Hand geben, nicht auf das Gemeininteresse berufen. Daß übrigens obige Erwägungen schon dem römischen Recht nicht fremd waren, beweist l. 65 § 5 pro soc. (17. 2): semper enim non id, quod privatim

[1]) Ihering a. a. O. S. 295.

interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit.

Weiterhin ist die besondere Form, in der notwendiger Weise die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses nur stattfinden kann, für die Sonderstellung des Gesellschaftsvertrages charakteristisch. Auch sie ist aus der Gemeinsamkeit des Gesellschaftszweckes zu folgern. Wo nämlich ein gemeinsamer Zweck verfolgt wird, da findet eine Vereinigung der Kräfte und Mittel statt, es bildet sich eine Gemeinschaft finanzieller Art, das Gesellschaftsvermögen, die sowohl Gläubiger wie Schuldner von Forderungen sein kann. Bei Beendigung der Gesellschaft und Auflösung der Gemeinschaft muß demnach, soweit ein gemeinsames Vermögen überhaupt schon entstanden ist, notwendig ein Verfahren stattfinden, das Forderungen nnd Schulden berichtigt, die Einlagen zurückerstattet und den übrig bleibenden Gewinn verteilt (das Auseinandersetzungsverfahren. §§ 730 ff.). Dies ist die einzige der Eigenart der Gesellschaft entsprechende Form zur Lösung der finanziellen Beziehungen, die durch den Vertrag entstanden sind. Daraus folgt, daß die §§ 320, soweit sie die Anwendung dieses Auseinandersetzungsverfahrens verhindern würden, (vgl. das Rücktrittsrecht der §§ 325, 326), im Gesellschaftsrecht keine Geltung haben dürfen.

Von allgemeiner Bedeutung ist endlich noch der Umstand, daß durch die Gemeinsamkeit des Endzieles die Stellung der Gesellschafter untereinander in gewisser Hinsicht beeinflußt wird. Der Gegensatz der Parteien kann hier nicht so ausgesprochen in Erscheinung treten, wie bei Vertragsverhältnissen, in denen die Stellung der Contrahenten zu einander durch entgegengesetzte Sonderzwecke gekennzeichnet ist. Der Umstand, daß die Gesellschafter in dem Gedanken zusammen wirken, daß das Interesse des Einen wie des Anderen auf dasselbe Ziel gerichtet ist, hat einen erheblichen Einfluß auf den Charakter des Gesellschaftsvertrages. Dieser

letztere stellt sich als ein auf vollständiges wechselseitiges Vertrauen gegründetes Rechtsverhältnis[1]) dar. Ulpian formuliert diesen Gedanken in l. 63 pr. pro socio 17.2: societas jus quodammodo fraternitatis in se habet. Die sich hieraus ergebenden Konsequenzen kommen in den Quellen mehrfach zum Ausdruck: so der Grundsatz der Gleichheit im Gegensatz zu der bei den Tauschverträgen anerkannten Freiheit der gegenseitigen Uebervorteilung. „Conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii sumus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.[2]) Ferner l. 29 pr. ibid.: Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat. Si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa. Und endlich l. 80 ibid.: Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.

In diesen Zusammenhang gehören auch beispielsweise die Bestimmungen, daß Betrug bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages Nichtigkeit bewirke (l. 3 § 3, l. 16 § 1 de minor 4.4), und daß jeder Gesellschafter der actio pro socio gegenüber das beneficium competentiae geltend machen kann. Bezeichnend ist es auch, daß der Gesellschafter nur für culpa in concreto, ursprünglich sogar nur für Dolus[3]) haftete.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die Gesellschaft in demselben Sinne aufgefaßt, wie die römischen Quellen. Nach

[1]) Zimmermann, Arch. f. c. P. B. 54. S. 257.

[2]) l. 6 (17. 2.)

[3]) vgl. Mitteis, R. Privatrecht I S. 17.

ihm ist die Struktur des Gesellschaftsverhältnisses eine unkapitalistische, persönliche; das zeigt sich deutlich in den Bestimmungen der §§ 709 II und 722 I. § 709 II schreibt für den Fall, daß hinsichtlich der Geschäftsführung nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden hat, vor, daß die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen ist. Es soll also nicht z. B. auf die Höhe der Beiträge ankommen: vielmehr soll jeder Einzelne seinem Mitgesellschafter gleichberechtigt gegenüber stehen. Ebenso hat nach § 722 I jeder Gesellschafter, wenn die Anteile der Gesellschafter an Gewinn und Verlust nicht bestimmt sind, ohne Rücksicht auf die Art und Größe seines Beitrages einen gleichen Anteil am Gewinn und Verluste. Der persönliche Charakter des ganzen Verhältnisses zeigt sich am deutlichsten darin, daß eine Gesellschaft nur von Leuten eingegangen zu werden pflegt, die sich als sozial gleichstehend betrachten.[1])

Es ist einleuchtend, daß alle diese Erwägungen für die rechtliche Beurteilung der Stellung des Einzelnen von Wichtigkeit sein müssen, insofern als es sich um die Frage handelt, inwieweit das Individualinteresse des Einen gegen dasjenige des Anderen geschützt zu werden fordern kann. Daß dies nur in geringerem Maßstabe berechtigt erscheint, wo es sich um ein persönliches, unkapitalistisches Vertrauensverhältnis handelt, das sich in einigem Zusammenwirken auf Erreichung eines gemeinsamen Zieles äußert, als bei Verträgen, bei deren Abschluß den Parteien das „invicem se circumscribere“ meistens als das Erstrebenswerteste erscheint, bedarf keiner weiteren Erörterung. Dies gilt natürlich insoweit nicht, als grobe Fahrlässigkeit oder vorsätzliches Verschulden in Betracht kommt; in solchen Fällen sind gerade bei Vertrauensverhältnissen verschärfte

[1]) vgl. Knoke a. a. O. S. 13.

Schutzmaßregeln, wenigstens so weit nicht noch andere Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden müssen, angebracht. Im übrigen aber liegt es in den persönlichen und vertraulichen Charakter des Gesellschaftsverhältnisses, daß manche Umstände, manche Gefahren, die der Käufer, Mieter oder Pächter niemals zu tragen verpflichtet sein würde, von den Gesellschaftern in Kauf genommen werden müssen, ohne daß darin eine Unbilligkeit liegen könnte. Hierüber wird im Einzelnen auf die weiter unten folgende Darstellung verwiesen.

Im Sinn dieser Ausführungen liegt auch die gesetzliche Bestimmung, daß das Gesellschaftsmitglied bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen nicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu vertreten braucht, sondern nur diejenige, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 708).

Zum Schluß ist noch ein Umstand zu erwähnen, der bei der Anwendung der §§ 320 ff. Schwierigkeiten bereiten kann: Es ist dies die gerade bei Gesellschaftsverträgen häufig auftretende Erscheinung, daß die Leistungen der einzelnen Kontrahenten längere Zeit in Anspruch nehmen, und daß die eine Verpflichtung erst successive die andere auslöst.[1]) Hier ist natürlich die Anwendung der genannten Bestimmungen mehr oder minder ausgeschlossen, und zu Streitfragen dürfte kaum Anlaß geboten sein; diese Fälle sind jedoch nicht auf den Gesellschaftsvertrag beschränkt, vielmehr finden sie sich auch bei anderen Vertragsarten, insbesondere den Successiv-Lieferungsverträgen.

In vorstehenden Ausführungen glauben wir nun sämtliche hier wesentlichen Besonderheiten des Gesellschaftsvertrages, mithin auch alle Umstände erwähnt zu haben, die für den Eintritt und die Art von Modifikationen

[1]) vgl. Crome. S. 771.

hinsichtlich der Anwendung der §§ 320 ff. maßgebend sind. Unter Zugrundelegung dieser allgemeinen Erwägungen soll jetzt die Art und Weise dieser Modifikationen im Einzelnen dargelegt werden, wobei wir prinzipiell von der einfacheren Form der aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft ausgehen wollen.

B IIb.

Auf die aus zwei Mitgliedern bestehende Gesellschaft die Einrede des nichterfüllten Vertrages [1]) anzuwenden, kann keinem Bedenken unterliegen. Dies wird in der Litteratur im allgemeinen auch anerkannt. [2]) Eine Ausnahme macht Schollmeyer [3]), der von vornherein die Einrede des nichterfüllten Vertrages gegenüber der Klage auf Förderung des Gesellschaftszwecks oder auf Leistung der Beiträge für nicht zulässig erklärt, da sie „der Erreichung des Gesellschaftszweckes gerade zu hinderlich" sei. Er begründet dies damit, daß der Beitrag des Beklagten möglicher Weise vorderhand allein imstande sei, den Gesellschaftszweck zu fördern. Dieser Auffassung ist indessen nicht beizutreten. Es ist allerdings möglich, daß die Leistung des Gesellschafters B zunächst den Gesellschaftszweck auch allein fördern kann: Aber das Wesentliche ist doch das, daß B, wenn ihm die Einrede des nichterfüllten Vertrages verweigert würde, die Gefahren und Nachteile der Vorleistung übernehmen müßte, ohne daß sich aus der Natur des Gesellschaftsverhältnisses ein rechtlicher Grund hierzu ergebe. Zwar geht die Förderung des Gesellschaftszweckes den Particularinteressen vor, doch kann sich

[1]) ebenso auch die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages, die nur eine Spielart der Einrede des § 320 I ist. vgl. Crome II 1 S. 173.

[2]) vgl. Nicolai S. 31 ff, Planck S. 730, Knoke S. 43, Krahmer S. 91, Crome S. 771 ff, Oertmann S. 764, Windscheid-Kipp S. 732, Enneccerus-Lehmann S. 732, Dernburg § 357 III, Oebike, Schollmeyer, Philipp S. 45 ff., Cosack, Goldmann S. 739 ff.

[3]) a. a. O. S. 148.

hierauf nicht derjenige berufen, der selbst seiner Verpflichtung zur Förderung dieses Zweckes vertragswidrigerweise noch nicht nachgekommen ist.

Zur Verweigerung seiner Leistung würde den B ja auch, falls man § 320 nicht anwenden wollte, das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 berechtigen; aber dieses würde A dadurch ausschalten können, daß er einen seiner Leistung entsprechenden Wert als Sicherheit hinterlegte. Daß hiermit dem B aber weniger gedient ist, erklärt sich von selbst.

Ist demnach die Einrede des nicht erfüllten Vertrages für die aus zwei Personen bestehende Gesellschaft statthaft, so hat auch § 320 II zur Anwendung zu kommen. Dieser lautet: Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde. Nehmen wir z. B. an, daß A und B eine Gesellschaft unter sich gegründet hätten, um ein Auskunftsbureau einzurichten. A sollte dabei verpflichtet sein, das erforderliche Haus einzubringen, während B ein Kapital beizusteuern hätte. Hier dürfte B seine Leistung nicht weigern auf Grund des § 320 I, wenn etwa A das Haus bereits geleistet, aber gegen die Verabredung ein Firmenschild noch nicht hätte anbringen lassen. In diesem Falle würde B nicht Gefahr laufen, der Gegenleistung verlustig zu gehen; die Erreichung des Zwecks, den er mit Eingehung seiner Verpflichtung im Auge hatte, wäre nicht bedroht; somit verlöre die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ihre Berechtigung.

Zweifelhaft ist es, ob unter dem „rückständigen Teile" im Sinn des § 320 II auch ein qualitativer Mangel verstanden werde.[1]) Mir scheint hier der qualitative Fehler

[1]) vgl. Oertmann Erl. zu § 320 Nr. 8 und die dort angeführte Literatur.

dem quantitativen gleich zu stehen. Denn wesentlich ist nur, daß der Gebrauch der Einrede des nicht erfüllten Vertrages dem Grundsatz von Treu und Glauben wegen der Geringfügigkeit des Mangels widerspricht. Gegen Treu und Glauben verstößt auch derjenige, welcher wegen eines verhältnismäßig geringfügigen qualitativen Mangels die ganze Gegenleistung verweigert. Die Entscheidung der Frage, ob verhältnismäßige Geringfügigkeit vorliegt, ist in das richterliche Ermessen zu stellen und kann nur unter Berücksichtigung der ganzen Sachlage im einzelnen Fall entschieden werden.

Die Einrede aus § 320 wird dem auf Erfüllung seiner Vertragspflicht in Anspruch Genommenen nur dann gewährt, wenn er nicht verpflichtet ist vorzuleisten. Hat er die Vorleistungspflicht, also auch die damit allgemein verbundene Gefahr übernommen, so kann er einen Rechtschutz nur insoweit beanspruchen, als ein besonderer Umstand die Gefahr, der Gegenleistung verlustig zu gehen, als nahezu unvermeidlich erscheinen läßt. In diesem Falle greift § 321 ein. Da er nach Vorstehendem gewissermaßen eine Ergänzung des § 320 bildet, hat er mit diesem auch zugleich Anwendung zu finden. Er bestimmt, daß der Vorleistungspflichtige seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern kann, wenn nach Abschluß des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt. Dieses Weigerungsrecht wird allerdings im Gegensatz zu dem Einrederecht aus nicht-erfülltem Vertrage durch Hinterlegung einer Sicherheit entkräftet. Das erklärt sich daraus, daß der Vorleistungspflichtige eben eine gewisse Gefahr übernommen hat, die ihm abzunehmen das Recht keine Veranlassung hat. Ebenso wenig wie bei dem § 320 ist bei § 321 Veranlassung vorhanden, ihn in seiner Anwendung auf das Gesellschaftsverhältnis zu modifizieren. Nehmen wir z. B. an, daß in dem oben gegebenen Beispiel A sich verpflichtet hat, das

Haus bereits am 1. April zu leisten, während B das Kapital erst am 1. Mai einzuzahlen braucht, so kann A die Herausgabe des Hauses weigern, wenn gegen B zum Beispiel eine erfolglose Zwangsvollstreckung stattgefunden hat. In diesem Falle erscheint es nahezu als Gewißheit, daß B das Geld zum festgesetzten Termine nicht würde zahlen können. Daß A da geschützt werden muß, erscheint ebenso selbstverständlich, als wie z. B., wenn er als Verkäufer sich verpflichtet hätte, dem B das Haus zu übereignen, und Letzterer zur Zahlung der Kaufsumme außer Stande wäre. War allerdings die schlechte Vermögenslage schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden, so konnte A sich hierüber vergewissern, und wenn er dies außer Acht ließ, so hat er sich die Folgen seiner unvorsichtigen Handlungsweise selbst zuzuschreiben. Würden selbst dann § 321 zu seinen Gunsten geltend gemacht werden können, so würden die im Vertrage begründeten Rechte des B in unzulässiger Weise verletzt werden. Gestaltet sich die an und für sich schlechte Vermögenslage des B nach Vertragsschluß noch wesentlich ungünstiger, so greift § 321 wieder Platz[1]); es muß sich indessen um eine wesentliche Verschlechterung handeln, die den Anspruch auf die Gegenleistung[2]) gefährdet; diese aber kann nur vorliegen, wenn die Situation des B nicht schon von vornherein die Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung als ausgeschlossen erscheinen ließ, anderen Falls ist für A die Verschlechterung unwesentlich.

§ 322 legt die rechtlichen Wirkungen fest, welche die Geltendmachung der in §§ 320, 321 gegebenen Rechte zur Folge hat. Daß er also auch auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung findet, bedarf keiner Erörterung; wir beschränken

---

[1]) vgl. Nicolai S. 36.

[2]) Es kommt weniger auf die Gegenleistung selbst als deren vermögensrechtlichen Wert an. vgl. Schollmeyer V. G.-B. S. 192.

uns deshalb darauf, seinen Inhalt kurz folgendermaßen darzustellen:

Erhebt der aus einem gegenseitigen Vertrage auf Leistung Verklagte die Einrede des nichterfüllten Vertrages, so hat das nicht zur Folge, daß die Klage abgewiesen wird, sondern der Beklagte muß zur Leistung Zug um Zug verurteilt werden. Wenn also B auf Zahlung des Kapitals verurteilt wird und einredeweise geltend macht, daß A das Haus noch nicht geliefert habe, so wird er verurteilt, das Kapital gegen gleichzeitige Leistung des Hauses einzubringen. Wenn A vorzuleisten hat, kann er, falls B im Verzuge der Annahme ist, auf Zahlung des Geldes nach Einbringung des Hauses klagen (§ 322 II). Würde er in diesem Falle auf Zahlung des Geldes schlechthin klagen, so müßte nach dem Wortlaut des § 322 II die Klage als unbegründet abgewiesen werden; indessen läßt sich wohl ein dem Absatz I analoges Verhältnis annehmen, sodaß statt auf Klageabweisung auf Zahlung nach Empfang der Gegenleistung zu erkennen ist.[1]) Die Zwangsvollstreckung auf Grund derartiger Urteile wird durch § 274 II geregelt (§ 322 III). Danach kann A gegen B das Urteil auf Leistung Zug um Zug vollstrecken, nachdem er ihn in Annahmeverzuge gesetzt hat, als wenn B zur Leistung schlechthin verurteilt wäre. Dagegen könnte er das gemäß § 322 II erstrittene Urteil auf Zahlung des Geldes nach erfolgter Einbringung des Hauses ohne weiteres gegen B vollstrecken, da der (nach § 274 II erforderliche) Annahmeverzug schon Voraussetzung der Verurteilung war.[2])

Nimmt man an, daß die Gesellschaft von mehr als zwei Personen gebildet wird, so ergeben sich für die Anwendung der §§ 320—322 nicht unerhebliche theoretische

[1]) Planck S. 142 Nr. 2; Schollmeyer B. G. B. II 1 § 322 Erl. Nr. 2. Oertmann Erl. 4 zu § 322.

[2]) so, Planck S. 142 Nr. 2, Oertmann Erl. 5 zu § 322.

Schwierigkeiten. Auf den ersten Blick scheint es, als komme hier § 320 Abs. I S. 2 in Betracht: Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem Einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Indessen ist der Fall, den diese Bestimmung im Auge hat, hier nicht zutreffend. Es wird nämlich vorausgesetzt, daß in einem Vertrage mehrere Gläubiger einem Schuldner gegenüber stehen, von denen jeder pro parte berechtigt ist. Bei der von mehreren Mitgliedern gebildeten Gesellschaft ist aber erstens jeder Gesellschafter auf Grund einer selbständigen Verpflichtung berechtigt, die Beitragsleistung zu fordern,[1]) zweitens ist der einzelne Gesellschafter nicht auf einen Teil berechtigt, sondern er kann die Leistung des ganzen Beitrags allerdings nicht an sich, sondern nur in das Gesellschaftsvermögen, fordern.

Es kann sich deshalb nur um die Einrede aus Abs. I S. 1 handeln. Da stichhaltige Gegengründe nicht vorliegen, muß diese, nachdem sie für die von zwei Personen gebildete Gesellschaft zugelassen worden ist, auch bei der aus mehreren Mitgliedern bestehenden Gesellschaft als prinzipiell statthaft anerkannt werden. Immerhin gibt es gewisse Fälle, in denen die Gewährung dieser Einrede schwerwiegenden Zweifeln unterliegen muß.

Zimmermann steht auf dem Standpunkte, daß die Einrede des nichterfüllten Vertrages unter allen Umständen Platz greifen müsse, weil ihre Verweigerung einem auf vollständiges wechselseitiges Vertrauen gegründeten Verhältnisse widerspreche. Wir halten diese ideale Auffassung eines immerhin fast stets geschäftlichen Verhältnisses für zu weitgehend. Der Umstand, daß der Gesellschaftsvertrag einen persönlichen und vertraulichen Charakter besitzt, braucht nicht dazu zu führen, daß nun jeder Kontrahent aller

[1]) vgl. Planck S. 730, Knoke S. 43.

Schutzrechte beraubt werden muß; es ist nicht logisch, zu sagen: Weil A zu B und C genügendes Vertrauen hegte, um mit ihnen einen Gesellschaftsvertrag einzugehen, soll er ihnen jetzt auch vollständig ausgeliefert sein. Nach Zimmermann wäre die Einrede des § 320 nicht nur dann zu gewähren, wenn der klagende Gesellschafter seine Leistung noch nicht bewirkt, sondern auch für den Fall, daß zwar dieser schon geleistet, aber ein dritter Gesellschafter seine Verpflichtung noch nicht erfüllt hat.[1]) Es soll also dem klagenden Gesellschafter gegenüber geltend gemacht werden können, daß die Voraussetzungen der Einrede des nicht-erfüllten Vertrages in dem dritten Gesellschafter gegeben seien. Diese Auffassung muß schon aus rein praktischen Gründen abgelehnt werden. Anderenfalls würde man dahin kommen, daß der Gesellschafter A z. B., der bereits erfüllt hat, gegen den B, der wegen Nichtleistung des C Einrede erhoben hat, ein Urteil auf Leistung gegen Empfang der Leistung des C erwirken würde, dieses also nur vollstrecken könnte, wenn er C zum Anbieten seiner Leistung zwingt. Gegen diesen hat er indessen auch keine weiteren Rechts-mittel als gegen B; auch gegen ihn würde er mit seiner Einrede nur ein Urteil auf Leistung gegen Empfangnahme der Leistung des B erzielen können. Er würde also in Wirklichkeit die Beitragsleistungen seiner Mitgesellschafter nicht erzwingen können, mithin wären die für ihn aus dem Gesellschaftsvertrage entspringenden Rechte illusorisch.[2]) Um die Ergebnis zu vermeiden, darf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur soweit zugelassen werden, als ihre Voraussetzungen in der Person des klagenden Gesellschafters gegeben sind.[3]) Diesem Standpunkt gegenüber wird vielfach geltend gemacht, daß demnach ein Gesellschafter zur Vorleistung

[1]) Arch. F. c. P. B. 54 S. 257.

[2]) Knoke S. 44; ferner Nicolai S. 39.

[3]) so Planck.

gezwungen werden könne, wodurch seine Beitragspflicht gegenüber den übrigen Beitragsleistungen erheblich erhöht werde und er selbst ev. wegen Insolvenz der übrigen Gesellschafter den Verlust der Gesellschaft allein zu tragen habe.[1]) Dem gegenüber ist darauf hinzuweisen, daß hier Partikularinteresse und Gemeininteresse konkurrieren, ersteres also hinter letzterem zurückzustehen hat; denn wenn dem vertragstreuen Gesellschafter keine Handhabe geboten ist, die Beitragsleistungen der übrigen zu erzwingen, so ist die Erreichung des Gesellschaftszweckes aufs Höchste gefährdet, wenn nicht ausgeschlossen. Außerdem kann man, da, wie oben ausgeführt ist, die Gesellschaft in hohem Grade ein Vertrauensverhältnis ist, dem Gesellschafter, der auf diese Weise zur Vorleistung gezwungen ist, entgegenhalten, daß er die Persönlichkeit seiner Mitgesellschafter vor Eingehung der Gesellschaft einer Prüfung hätte unterziehen müssen daraufhin, ob sie das ihnen entgegengebrachte Vertrauen zu rechtfertigen im Stande seien. Jedenfalls ist die von Enneccerus früher vertretene und von Nicolai übernommene Theorie, daß die Einrede des nichterfüllten Vertrages abzulehnen sei, wenn es sich um Jahresbeiträge handle, aber gestattet werden müsse, wenn Kapitaleinzahlungen vorgenommen werden sollten, nicht zu billigen. Sie beruht auf dem Gedanken, daß derjenige, welcher eine Gesellschaft eingeht, sich nur insoweit über die Person seiner Mitgesellschafter vergewissern könne, als es sich darum handelt, ob sie die gewöhnlichen Jahresbeiträge zahlen könnten, nicht aber so weit, als die Leistung höherer Kapitalanteile in Betracht kommt. Darauf ist zunächst ganz allgemein zu erwidern, daß diese Unterscheidung im Gesetz nicht den geringsten Anhaltspunkt findet; sie „aus der Absicht der Parteien" herzuleiten,[2]) erscheint als eine sehr bedenkliche

[1]) Enneccerus-Lehmann S. 725.

[2]) Nicolai S. 42.

Kombination.[1]) Dann aber ist auf die Vorschrift des § 707 hinzuweisen; nach ihr ist der Gesellschafter zur Erhöhung des vereinbarten Beitrages oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage nicht verpflichtet. Er kann also nur auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung, nicht aber z. B. durch Majoritätsbeschlüsse, zu einer Kapitaleinzahlung angehalten werden. Hat er diese Verpflichtung aber ohne den Umständen entsprechende Kautelen übernommen, so muß er billiger Weise die Gefahr tragen. Sollte sich übrigens die Vermögenslage seiner Mitgesellschafter nach Uebernahme dieser Verpflichtung wesentlich verschlechtert haben, so kann er sich auf § 321 berufen, wie im Folgenden dargelegt werden soll. Demnach ist jedenfalls das Vorhandensein einer unbilligen Härte gerade hinsichtlich der Leistung von Kapitaleinzahlungen nicht anzuerkennen.

Die Anwendung des § 323 im Falle einer aus mehreren Personen bestehenden Gesellschaft bietet nur insofern Schwierigkeiten, als hier wieder die Frage zu entscheiden ist, wie die Rechtslage ist, wenn die Voraussetzung des Weigerungsrechtes dieser Gesetzesbestimmung nicht in der Person des Klägers, sondern in der eines dritten Gesellschafters zutreffen. Es erscheint schon mit Rücksicht auf die praktischen Folgen als ein äußerst bedenklicher Standpunkt, in diesen Fällen den § 321 grundsätzlich für unanwendbar zu erklären.[2]) Wenn z. B. in einer aus den Gesellschaftern A, B, C und D bestehenden Gesellschaft A den vorleistungspflichtigen B auf Leistung verklagt, so sollte B bei wesentlicher Verschlechterung der Vermögenslage des A seine Leistung verweigern können, wenn dagegen die pekuniäre Stellung des A intakt, aber diejenige des Gesellschafters C oder des C und des D untergraben ist, so sollte ihm das Leistungsweigerungsrecht aus § 321 nicht vergönnt sein? Wie

[1]) vgl. hierzu Krahmer S. 92.

[2]) a. M. Nicolai S. 45.

widersinnig wäre dieses Ergebnis! Die Gefahr ist zum mindesten gleich groß für den vorleistungspflichtigen B, gleichgültig ob nun die Situation des Klägers oder eines der übrigen Gesellschafter sich zu seinen Ungunsten verändert hat; es ist sogar der Fall denkbar, daß mehrere der übrigen Gesellschafter sich finanziell wesentlich verschlechtert haben. Man nehme z. B. folgenden Fall an: Eine Gesellschaft besteht aus 10 Personen; von den neun den Beklagten gegenüber stehenden Personen haben acht erhebliche Vermögenseinbußen erlitten, nur der Kläger nicht. Hier würde Beklagter leisten müssen, nur weil der Kläger noch intakt dasteht. Daß diese Folgerung nur auf einer rein formellen Auslegung einer zum Schutze des Beklagten geschaffenen Gesetzesbestimmung beruhen kann, liegt auf der Hand. Wir müssen, um den § 321 sinngemäß zu interpretieren, davon ausgehen, daß das Gesetz zunächst nur ein zwei Kontrahenten umfassendes Vertragsverhältnis im Auge gehabt hat (es spricht von dem „anderen Teil"). Will man nun § 321 auf einen „pluralistisch" angelegten Vertrag anwenden, so muß er in der Weise modifiziert werden, daß er seine ursprüngliche Aufgabe, den Beklagten vor zweckloser Hingabe seiner Leistung zu schützen, auch erfüllt. Dies würde er nun, wie aus obigem Beispiel hervorgeht, nicht tun, wenn man ihn nur zulassen wollte, so weit die erforderlichen Voraussetzungen in der Person des Klägers vorliegen. Dementsprechend bestehen, so weit § 321 sich als eine clausula rebus sic stantibus darstellt, die res aus den Vermögensverhältnissen sämtlicher nicht Vorleistungspflichtigen.[1]) Der Einwand Nicolais, daß hierin eine der Absicht des Gesetzes widersprechende, zu weitgehende Auslegung des im § 321 gegebenen singulären Weigerungsrechtes liege, ist unbegründet. Die Bestimmung, daß durch Sicherheitsleistung

[1]) s. dagegen Nicolai S. 45.

die Geltendmachung desselben ausgeschlossen wird, dokumentiert keineswegs wie Nicolai meint, daß die Geltung des § 321 auf einen möglichst engen Kreis beschränkt sein soll. Vielmehr beruht sie lediglich auf dem Gedanken, daß die Vermutung, der nicht Vorleistungspflichtige werde wegen schlechter Vermögenslage seine Verpflichtung nicht erfüllen können, durch die Sicherheitsleistung widerlegt werde; logischer Weise muß in diesem Falle das auf jene Vermutung gegründete Weigerungsrecht wegfallen. Was die Art der Sicherheitsleistung selbst anbetrifft, so möchte man im Hinblick auf den analogen Fall des § 273 III vermuten, daß die Sicherheitsleistung durch Bürgen als subsidiär und weniger wertvoll ausgeschlossen wird. § 321 bestimmt indessen hierüber nichts, spricht vielmehr ganz allgemein von Sicherheitsleistung. Dieser Ausdrucksweise gegenüber kann es m. E. nicht gerechtfertigt werden, wenn man durch Analogieschluß von § 273 III auf § 321 die Sicherheitsleistung durch Bürgen ausschließen will.[1]) Für den zur Sicherheitsleistung Verpflichteten gelten demnach die §§ 232 ff. ohne Einschränkung.

In Anwendung auf den Gesellschaftsvertrag ergänzt nun § 321 den § 320 in ganz spezieller Weise. Wie oben dargestellt ist, ist die Einrede des nichterfüllten Vertrages nur dann gegeben, wenn ihre Voraussetzungen in der Person des Klägers zutreffen. Dadurch wird dem Beklagten eine Gefahr aufgebürdet für den Fall, daß einer der übrigen Gesellschafter seine Verpflichtung noch nicht erfüllt hat. Diese Rechtslage wurde damit begründet, daß der Beklagte bei Eingehung des auf gegenseitigem Vertrauen beruhendem Gesellschaftsverhältnisses auf die Persönlichkeit seiner Mitkontrahenten, insbesondere auf deren Vermögensverhältnisse, ein besonderes Augenmerk zu richten hat. Aehnlich demjenigen, der eine Vorleistungspflicht übernimmt, übernimmt

[1]) so auch Planck S. 140; a. M. Nicolai S. 47 ff.

der Gesellschafter durch Eingehung des Gesellschaftsvertrages eine gewisse Gefahr, vor der geschützt zu werden er nicht beanspruchen kann, da sie im Wesen dieses Vertrages begründet ist. Diese Gefahr nun besteht in jenem Falle, wo die Einrede aus § 320 verweigert werden muß, direkt in einer Vorleistungspflicht, zwar nicht dem Kläger, aber den übrigen Gesellschaftern gegenüber, soweit diese noch nicht geleistet haben; es ist nun kein Grund einzusehen, warum nicht auch bei dieser Vorleistungspflicht § 321 zur Anwendung kommen soll, soweit die erforderlichen Voraussetzungen vorliegen. Demnach kann der auf Leistung Verklagte dem Kläger gegenüber in allen Fällen, in denen die Vermögensverhältnisse eines dritten Gesellschafters sich nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages so wesentlich verschlechtert haben, daß der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet ist, dem Kläger die Einrede aus § 321 entgegenhalten. Soweit also die Voraussetzungen des § 321 in einem dritten Gesellschafter vorliegen, ist der Beklagte zu der Einrede des § 321 auch berechtigt, wenn er eine besondere Vorleistungspflicht nicht übernommen hat.

Wenn wir also das, was wir über die Anwendung der §§ 320 und 321 ausgeführt haben, zusammenfassen, so gewinnen wir folgendes Gesamtbild.

Die Einrede des nichterfüllten Vertrages ist gegeben, wenn der Kläger nicht erfüllt hat oder die Erfüllung nicht anbietet; § 320 II findet entsprechende Anwendung. Auf den Umstand, daß dritte Gesellschafter noch nicht erfüllt haben, kann die Einrede nicht gestützt werden. Indessen greift in diesem Falle, soweit die Voraussetzungen gegeben sind, § 321 ein. Letzterer ist immer anwendbar, mag die Vorleistung gegenüber dem Kläger oder gegenüber den anderen Gesellschaftern zu erfolgen haben; auch ist es gleichgültig, ob die Vermögensverschlechterung beim Kläger, oder bei dritten Mitgliedern der Gesellschaft vorliegt.

Jetzt bleibt noch übrig, die Anwendung des § 322 auf die aus mehreren Personen bestehende Gesellschaft näher zu untersuchen. Die sich hier ergebende Schwierigkeit besteht darin, daß es zweifelhaft sein kann, wann der geforderte Annahmeverzug vorliegt. Wenn z. B. in einer aus den Personen A, B, C, D gebildeten Gesellschaft, A vorzuleisten hat, und er bietet seine Leistung den Gesellschaftern B, C und D an; B und C nehmen an, D aber verweigert die Annahme — kann er dann etwa gegen B gemäß § 322 II auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen? M. E. ist diese Frage zu bejahen; A hat an alle zu leisten; verweigert einer von ihnen die Annahme, so kann die „Leistung an alle" eben nicht erfolgen, und es liegt Annahmeverzug vor, der jeden der Annahmepflichtigen gegenüber geltend gemacht werden kann. Mit dieser Maßgabe findet dann § 322 in der oben (S. 32 ff.) geschilderten Weise Anwendung.

B II c.

Wir haben uns jetzt entsprechend der Anordnung der §§ 320 ff. mit den für die einzelnen Fälle des Unmöglichwerdens der Gegenleistung getroffenen Bestimmungen zu beschäftigen. Die Einrede des nichterfüllten Vertrages greift im Fall der Unmöglichkeit der Leistung nicht durch, sie wird durch die Einwendung der zufälligen Unmöglichkeit aus dem Felde geschlagen. Dies weist Kisch entgegen vielfach auftretenden Annahmen überzeugend nach.[1]) Er vergleicht die Berufung auf § 323 mit der Einrede aus § 320 und gelangt zu dem Resultat, daß diese beiden Verteidigungsarten sich wegen ihrer Verschiedenheit gegenseitig ausschließen. Wenn der Gläubiger gegenüber der Leistungsklage des Schuldners die Einrede des nichterfüllten Vertrages vorschützt, so kann der

[1]) l. c. S. 49; auch Oertmann S. 153.

Kläger seinerseits wieder die Unmöglichkeit der Leistung einwenden. Dadurch wird die Einrede des beklagten Gläubigers gegenstandslos. Derselbe kann aber nunmehr auf Grund des § 323 Abweisung des Gegners verlangen. [1])

Unseren weiteren Erörterungen wollen wir vorausschicken, daß in den §§ 323 ff. von dem Unmöglichwerden der Leistung die Rede ist, daß es sich also um die nach Vertragsschluß eintretende Unmöglichkeit handelt. Das ist insofern praktisch wichtig, als dann die objektive Unmöglichkeit der Leistung dem subjektiven Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleichsteht (§ 275 II).

Die §§ 323 ff. sind hinsichtlich ihrer Anwendung auf den Gesellschaftsvertrag Gegenstand ebenso lebhafter Meinungsverschiedenheiten wie die Einrede des nichterfüllten Vertrages. [2]) Ein Hauptstreitpunkt in dieser Materie ist die Stellung des § 723 zu den genannten Vorschritten. Eine Konkurrenz zwischen diesen beiden Bestimmungen ist dadurch gegeben, daß § 723 auch für den Fall des Unmöglichwerdens einer Verpflichtung sein Kündigungsrecht gewährt; das hat vielfach zu der Annahme geführt, daß § 723 als Spezialbestimmung die allgemeinen Bestimmungen der §§ 323 ff. ausschließe. Dem gegenüber wird von anderen Autoren der Standpunkt vertreten, daß beide Gesetzesstellen gemeinsam, in gegenseitiger Ergänzung, angewandt werden könnten.

Zu dieser letzteren Gruppe von Schriftstellern gehört Planck. [3]) Nach ihm gestaltet sich die Rechtslage bei einer aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft folgendermaßen:

---

[1]) Unzutreffend ist die Auffassung, daß in diesem Falle die dilatorische Einrede sich in eine peremptorische verwandele. Es handelt sich vielmehr um Verteidigungsmittel ganz verschiedenen Charakters.

[2]) vgl. hierzu Planck, Staudinger, Oertmann zu § 705, Windscheid-Kipp Bd. II S. 784 ff., Rettig S. 20, Nicolai S. 61, Titze S. 316, Knoke S. 45 ff., Cosack II S. 375, Kleineidam S. 162, Kisch S. 57, Eschelbacher S. 28, Krahmer S. 136.

[3]) l. c. S. 731 ff.

Bei vollständiger Unmöglichkeit der einen Leistung fällt auch die gegnerische Verpflichtung fort; da nun beide Teile frei sind, ist die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich geworden. Die Gesellschaft löst sich demnach gemäß § 726 auf. Für den Fall, daß die erste Leistung nicht völlig, aber doch in einem Umfange unmöglich geworden ist, daß die Erreichung des Gesellschaftszweckes ausgeschlossen erscheint, soll zwar auch nach § 323 eine entsprechende Minderung der Gegenleistung eintreten, nebenher aber soll, den Gesellschaftern auch das Kündigungsrecht nach § 723 zu Gebote stehen.

Warum diese Theorie der Eigenart des Gesellschaftsvertrages nicht gerecht wird, ist oben S. 22 ff., ausgeführt worden. § 323 ist nur dem Fall angepaßt, in dem durch das Unmöglichwerden der einen Leistung der Zweck der Gegenleistung unwiderruflich vereitelt ist. Dies trifft bei der Gesellschaft nicht immer zu, da jede Leistung hier nur Mittel zum Zweck ist und ein Zweck möglicher Weise auch erreicht werden kann, wenn eins der angewandten Mittel versagt. Deshalb fehlt der starren Regel des § 323 in ihrer Anwendung auf den Gesellschaftsvertrag die innere Berechtigung. Dies gilt auch bez. der Vorschriften über die teilweise Unmöglichkeit der Leistung; auch hier ist es nicht zweckmäßig, unbedingt eine teilweise Minderung der Gegenleistung eintreten zu lassen, weil vielleicht gerade dadurch die Verfolgung des an sich noch erreichbaren Gesellschaftszweckes gehemmt oder gar verhindert wird.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung zeigt sich am deutlichsten an dem Beispiel der aus mehreren Personen bestehenden Gesellschaft. Zwar kann es auch bei Vorhandensein von nur zwei Gesellschaftern vorkommen, daß trotz Ausfall der einen Leistung die Zweckerreichung noch möglich bleibt; am ehesten aber ist letzteres anzunehmen, wenn z. B. eine einzige Leistung ausfällt, während

diejenigen von fünf bis zehn anderen Mitgesellschaftern erfüllt werden. Knoke[1]) und Nicolai[2]) vertreten die Ansicht, daß dann mit dem Fortfall der einen Verpflichtung nicht nur diejenige der anderen gegenüber dem Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung, sondern auch die Rechtsbeziehungen der übrigen Gesellschafter unter einander gelöst würden, da letztere nicht selbständig und ohne Rücksicht auf die ersteren geknüpft seien; vielmehr müsse man in Betracht ziehen, daß jeder Gesellschafter bei Eingehung seiner Verpflichtung das Zustandekommen sämtlicher übrigen Schuldverhältnisse vorausgesetzt habe. Nicolai führt zur Stützung dieses Gedankens mannigfache Beispiele an, in denen nach dem Fortfall der betr. Leistung es den übrigen Gesellschaftern gegenüber eine schwere Zumutung bedeuten würde, wenn sie trotzdem ihrer Verpflichtung nachzukommen hätten. Dem gegenüber ist mit Oertmann[3]) auszuführen, daß den Gesellschaftern ja in solchen Fällen ein Kündigungsrecht nach § 723 gegeben ist, das dem Einzelnen vollständig genügen kann, um sich vor Nachteilen jeder Art zu schützen. Daß diese Auffassung „mit der juristischen Konstruktion in krassem Widerspruch steht", vermag ich nicht einzusehen. Huldigt man aber der Ansicht Nicolai's, so erscheint die Unzweckmäßigkeit der Anwendung des § 323 auf die Gesellschaft in grellem Lichte.

Im Gegensatz zu Knoke und Nicolai vertritt Planck den Standpunkt, daß durch die Auflösung zweier gegenseitiger Verpflichtungen der Bestand der übrigen Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern nicht berührt wird; die Folgen der Anwendung des § 323 zeigen sich nach ihm deshalb praktisch nur in der Regel des Abs. III. Aber auch die Anwendbarkeit des § 323 III auf die Gesellschaft muß geleugnet werden, wie aus Folgendem hervorgeht.

---

[1]) l. c. S. 47.
[2]) l. c. S. 61 ff.
[3]) l. c. S. 765.

§ 323 III schreibt vor: „Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden." Zur Klärung der Sachlage wollen wir als Beispiel eine aus den Mitgliedern A, B und C gebildete Gesellschaft annehmen. A hat sich hier sowohl dem B wie dem C gegenüber verpflichtet, an B und C gemeinschaftlich zu leisten; ebenso B dem A und C gegenüber und C dem A und dem B gegenüber. Wenn die Leistung des A nun unmöglich wird, fällt seine Verpflichtung gegenüber B und C und diejenige der Gesellschafter B und C ihm gegenüber fort. B muß aber trotzdem an A und C gemeinschaftlich leisten (entsprechend auch C an A und B), weil seine hierauf zielende Verpflichtung gegenüber C nicht erloschen ist. Planck behauptet nun, daß B das auf diese Weise an A geleistete nach § 323 III zurückverlangen könne. Wir können uns dem nicht anschließen. § 323 III spricht von der „nach diesen Vorschriften nicht geschuldeten Gegenleistung"; B hat nun durch Gewährung seiner Leistung auch an A einerseits, soweit A in Frage kommt, eine nach § 323 nicht geschuldete Leistung gemacht, andererseits ist er aber zugleich dadurch seiner Verpflichtung C gegenüber nachgekommen. Mit anderen Worten: von den zwei Rechtsgründen, aus denen B verpflichtet war, auch an A in Gemeinschaft mit C zu erfüllen, ist einer durch Unmöglichwerden der Leistung des A fortgefallen, der andere bestehen geblieben. So lange aber ein Rechtsgrund bestehen bleibt, bleibt auch die Leistung eine geschuldete; eine Anwendung des § 323 III ist deshalb unmöglich, wenn man sich nicht mit allgemeinen rechtlichen Grundsätzen in Widerspruch setzen will.[1]) Die Vertreter der hier bekämpften Auffassung müßten übrigens logischer Weise die Zurückforderung des an C Geleisteten zulassen.

[1]) so anscheinend auch Rettig S. 20 und Kipp S. 732 l. c.

Denn auch ihm gegenüber ist die Leistung einmal nicht geschuldet, da B's Verpflichtung A gegenüber aufgehoben ist. Endlich muß noch folgender Widerspruch hervorgehoben werden: Planck gibt zu,[1]) daß B verpflichtet ist, seine eigene Leistung zu erfüllen, auch wenn A's Leistung unmöglich geworden ist. Seltsamerweise aber erklärt er diese Leistung des B, soweit sie an A erfolgte, unmittelbar nach der Erfüllung für nicht geschuldet im Sinne des § 323 III!

In dem Wortlaut des § 323 liegt übrigens für die Durchführung der Planck'schen Theorie noch eine Schwierigkeit, insofern als nur das zurückgefordert werden kann, was *vor* dem Unmöglichwerden der Leistung des A bereits eingebracht worden ist. Hierüber hilft sich Planck hinweg, indem er ausführt, daß auf Grund der Natur und des Wesens des Gesellschaftsvertrages auch die nach eingetretener Unmöglichkeit gemachten Leistungen in Gestalt einer Minderung des Anteils am Gewinne für A zurückerstattet werden könnten. Man wird sich dem Eindruck nicht verschließen, daß diese Kombination reichlich gewagt erscheint.

Wie vorstehende Ausführungen zeigen, ist die Anwendung des § 323 auf die Gesellschaft, wenn man die Auffassung Knokes gelten lassen will, prinzipiell als unzweckmäßig zu verwerfen; tritt man aber der Ansicht Plancks bei, so ist dennoch das Prinzip des § 323 nicht realisierbar, da der Abs. III praktisch nicht zur Anwendung kommen kann. Bei nachfolgender kasueller Unmöglichkeit der Leistung tritt deshalb im Gesellschaftsverhältnis § 275 in Geltung. Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

---

[1]) S. 732 unter b.

Die Nachteile, durch die nach dieser Rechtslage im Fall der Unmöglichkeit einer Leistung die übrigen Gesellschafter bedroht werden, werden durch die Bestimmungen des § 723 in zweckmäßigster Weise abgewandt. § 723 gewährt nämlich den Gesellschaftern ein Kündigungsrecht, welches, im Fall daß die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist, jederzeit ausgeübt werden kann. Ist eine Zeitdauer bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Allerdings darf die Kündigung nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig.

Aus Vorstehendem geht hervor, daß die übrigen Gesellschafter, und zwar jeder für sich, in der Lage sind, die Auflösung der Gesellschaft herbeizuführen, falls ihnen die Erreichung des Gesellschaftszweckes zu sehr gefährdet oder die Fortdauer des Verhältnisses wegen Befreiung des einen Gesellschafters allzu unbillig erscheint. Diese Unbilligkeit ist sowohl bei vollständiger wie bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung insofern zunächst gegeben, als zwar der betr. Gesellschafter, dessen Leistung unmöglich geworden ist, von seiner Verpflichtung ganz oder zum Teil befreit wird, trotzdem aber seinen Anspruch auf Teilnahme am Gewinn behält; denn, falls nicht eine besondere Vertragsbestimmung etwas anderes vorschreibt, steht letztere in keiner direkten Abhängigkeit von der Beitragsleistung.[1]) Der betreffende

[1]) vgl. § 722. Dieser Umstand läßt auch die von Planck und Nicolai vorgeschlagene Minderung der Gegenleistung bei teilweiser Unmöglichkeit durch entsprechenden Abzug am Gewinn als anfechtbar erscheinen.

Gesellschafter behält somit seine Rechte aus dem Vertrage, ohne seinen Verpflichtungen nachkommen zu müssen.

Zur Behebung dieser Unbilligkeit gibt es kein geeigneteres Mittel als das Kündigungsrecht des § 723. An und für sich hätte es ja vielleicht am nächsten gelegen, eine Gesetzesbestimmung zu schaffen, die den Schuldner der unmöglich werdenden Leistung in entsprechendem Maße auch seiner Rechte entkleidete und ihn gegebenenfalls ganz aus dem Vertragsverhältnisse entließe. Allein das hätte zur Folge, daß das Interesse des betr. Gesellschafters dem Gesellschaftszweck vollständig entzogen würde, während so die zur Kündigung berechtigten Gesellschafter wenigstens in der Lage sind, ev. mit ihm eine Verständigung in dem Sinne zu erzielen, daß er je nach den Umständen einen der unmöglich gewordenen Leistung äquivalenten Ersatz einbringt. Diese Vereinbarung wird um so leichter zustande kommen, als eben alle dadurch, daß sie an dem Gesellschaftsvertrage sowie an dem Verlust und Gewinne Teil haben, ein persönliches Interesse an der Erreichung des Zweckes besitzen und eine Kündigung deshalb gern vermeiden. Allerdings kommt es stets auf den einzelnen Fall an; das Unmöglichwerden einer Leistung kann eine Sachlage zur Folge haben, die ausgeschlossen erscheinen läßt, daß den berechtigten Interessen der Gesellschafter noch irgend wie Genüge getan werden kann. Hier ist dann die sofortige Kündigung am Platze. Die Erscheinungen, die im Gesellschaftsverhältnis zu Tage treten, sind jedenfalls so mannigfaltig, daß ihnen durch allgemein zwingende Rechtsregeln nicht entsprochen werden kann und man deshalb, wie es beim Kündigungsrecht des § 723 der Fall ist, im einzelnen Fall dem Ermessen des zu schützenden Gesellschafters einen möglichst weiten Spielraum zu geben hat.

Es mag noch hinzugefügt werden, daß das Kündigungsrecht auch bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung Platz greifen kann; es kommt nur darauf an, daß diese teilweise

Unmöglichkeit eine wesentliche ist, sodaß eben ein wichtiger Grund im Sinne des § 723 vorliegt.

Die Gegner der hier vertretenen Auffassung machen vielfach gegen das Kündigungsrecht geltend, daß in der auf Grund der Kündigung erfolgenden Auseinandersetzung der Kündigende die Leistung von Diensten und die Ueberlassung der Benutzung einer Sache nicht vergütet erhält (§ 733), während nach § 323 III eine angemessene Entschädigung in Geld hierfür gefordert werden könne. Dem gegenüber ist zu sagen, daß darin kein Argument liegt, welches geeignet wäre, die bei Anwendung des § 323 sich ergebenden Schwierigkeiten übersehen zu lassen.

Wenn wir im Vorstehenden in Anlehnung an den Wortlaut des § 275 gesagt haben, daß der Gesellschafter, dem die Erfüllung seiner Verpflichtung unmöglich wird, ohne daß er dies zu vertreten braucht, seiner Vertragspflicht ledig wird, so ist das cum grano salis zu verstehen, nämlich unter Vorbehalt der Ausnahme des § 281 I. Erlangt der Betreffende nämlich infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Anspruch auf einen solchen, so kann jeder der übrigen Gesellschafter Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Anspruches an alle verlangen. Für die Erfüllung der Verbindlichkeit zur Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruches gelten dieselben Regeln wie für die Erfüllung der ursprünglichen Verpflichtung.[1]) Es greifen also ev. die Bestimmungen über die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung wieder Platz.

Nachdem wir für den Fall, der von keiner Partei zu vertretenden Unmöglichkeit die Anwendung des § 323 abgelehnt haben, ist die Frage zu prüfen, ob dann nicht neben § 275 die Regel des § 324 Abs. I S. 2 zur Geltung kommen

[1]) vgl. Planck S. 86 Nr. 3.

muß. Denn nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich für jenen Fall dasselbe Resultat, wie es § 324 für den Fall vorschreibt, daß das Unmöglichwerden der Leistung von dem Gegenkontrahenten zu vertreten ist: Die Verpflichtung, deren Erfüllung unmöglich geworden ist, fällt weg, die Verpflichtung zur Gegenleistung aber bleibt bestehen.

Bevor hierauf näher eingegangen wird, ist es erforderlich, die Berechtigung des § 324 überhaupt im Gesellschaftsrecht zu untersuchen.[1]) Indessen findet man hier zu Bedenken keinen Anlaß. Abs. 1 S. 1 bestimmt, daß derjenige, dessen ihm aus einem gegenseitigen Vertrage obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der andere Teil zu vertreten hat, seinen Anspruch auf die Gegenleistung behält. Diese den Forderungen der Billigkeit entsprechende Vorschrift stellt sich in Gegensatz zu § 323, indem sie eine ausnahmsweise Fortdauer der Verpflichtung zur Gegenleistung begründet, trotz Unmöglichkeit der anderen Leistung. Da wir bereits für den Fall der von keiner Partei zu vertretenden Unmöglichkeit den Wegfall der Gegenleistung geleugnet haben, werden wir an dieser Regel umsoweniger Anstoß nehmen. Ebenso muß es gebilligt werden, wenn S. 2 vorschreibt, daß der Schuldner der unmöglich gewordenen Leistung sich dasjenige anrechnen lassen muß, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Schwierigkeit bereitet nur die Frage, in welcher Weise diese Anrechnung für den Gesellschafter stattfinden soll. Da kein Austausch der Leistungen erfolgt, kann ein entsprechender Abzug an der Gegenleistung nicht gemacht werden. Auch der Konstruktion eines Abzugsrechtes am Gewinn, wie sie hier und da befürwortet wird, können wir nicht zustimmen, einmal weil das Gesetz, wie

[1]) vgl. hierzu die S. 42 unter Anm. 2 citierte Literatur.

schon erwähnt, einen Zusammenhang zwischen Leistung und Gewinnanteil ablehnt, dann auch, weil eine präzise und klare Berechnung vielfach nicht zu durchführen sein wird. Die einzige der Natur des Gesellschaftsvertrages entsprechende Möglichkeit ist deshalb die, daß man die Pflicht des „sich Anrechnenlassens" in einen positiven Anspruch des Gegenkontrahenten auf Zahlung in das Gesellschaftsvermögen verwandelt. Hat also z. B. der Gesellschafter A die Villa X einzubringen, der Gesellschafter B aber steckt sie bei einer Besichtigung fahrlässiger Weise in Brand, so wird A von seiner Leistungspflicht befreit, behält aber seinen Gegenanspruch auf die Leistung des B; B hinwiderum erlangt das Recht, von A Zahlung der ersparten Auflassungskosten, etwaiger Instandsetzungskosten und anderer Unkosten in das Gesellschaftsvermögen zu verlangen. In der Regel wird A außerdem einen Schadenersatzanspruch gegen B erlangen, wenigstens soweit Verschulden vorliegt; der Ersatz wird dann gemäß § 281 an das Gesellschaftsvermögen zu leisten sein.

Ist noch ein dritter Gesellschafter C vorhanden, der das Unmöglichwerden der Leistung des A nicht mitzuvertreten hat, so liegt im Verhältnis zwischen A und C der Fall der von keiner der Parteien zu vertretenden Unmöglichkeit der Leistung vor. Die hierbei sich ergebende Rechtslage haben wir bei der Besprechung des § 323 dargelegt: A wird von seiner Verpflichtung befreit (§ 275), die des B bleibt bestehen; beide Gesellschafter können kündigen (§ 723), evtl. kommt § 281 noch zur Anwendung. Es bleibt nur die Frage aufzuklären, ob A sich dasjenige, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart ꝛc., anrechnen lassen muß. M. E. muß dies unbedingt bejaht werden aus analoger Anwendung des § 324 I 2. Wenn schon derjenige Gesellschafter, der die Unmöglichkeit der dem anderen Teil obliegenden Leistung zu vertreten hat, diese Bestimmung

zu seinen Gunsten geltend machen kann, wieviel mehr ist das nicht dem zuzugestehen, für den eine Vertretungspflicht nicht besteht!

Der Vollständigkeit halber sei noch erwähnt, daß die Vorschriften des § 324 I auch auf den Fall zutreffen, daß die dem einen Teil obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere im Verzuge der Annahme ist (§ 324 II).

Die Geltung des § 325 im Gesellschaftsrecht ist in ähnlicher Weise Gegenstand lebhafter Meinungsverschiedenheiten wie § 323, auch über seine Stellung zu § 723 werden die verschiedensten Ansichten vertreten. Manche geben dem § 723 im Verhältnis zu § 325 die Bedeutung einer lex spezialis gegenüber der lex generalis, sodaß die Anwendung des § 325 überhaupt ausgeschlossen wird; andere wieder lassen, um den übrigen Gesellschaftern möglichst zahlreiche und umfangreiche Rechte zu sichern, beide Gesetzesbestimmungen neben einander bestehen. Eine dritte Meinung endlich will den § 323 im allgemeinen angewendet wissen, nur soll das Rücktrittsrecht durch das Kündigungsrecht des § 723 ersetzt sein.[1])

Die von § 325 gegebenen Rechte auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung sind ebenso wie in anderen gegenseitigen Vertragsverhältnissen auch im Gesellschaftsrecht unentbehrlich; auch ist kein Grund einzusehen, warum sie durch das Kündigungsrecht des § 723 ausgeschlossen werden sollten. Dagegen ist das im Abs. I S. 3 gewährte Recht auf Geltungmachung der im § 323 gegebenen Befugnisse gegenstandlos, da nach unseren vorstehenden Ausführungen § 323 überhaupt nicht anwendbar ist.

---

[1]) vgl. hierzu die Ausführungen von Planck, Nicolai, Windscheid-Kipp, Krahmer und Knoke.

Auch gegen die Anwendung des Rücktrittsrechtes im Gesellschaftsverhältnis ergeben sich m. E. so schwere Bedenken, daß hiervon Abstand zu nehmen ist, obwohl von einigen Schriftstellern die Unentbehrlichkeit dieses Rechtes betont wird. Unsere Bedenken gipfeln darin, daß die für die Gesellschaft einzig passende Art der Auflösung nach §§ 730 ff. bei Anwendung des Rücktrittsrechtes ausgeschlossen wäre. Denn die Beendigung der Gesellschaft durch Ausübung des Rücktrittsrechtes ist keine „Auflösung" im Sinne des § 730. Die Gründe, die eine Auflösung der Gesellschaft zur Folge haben, sind vielmehr in den §§ 723, 726—728 erschöpfend aufgeführt. Im Falle des Rücktritts würden gemäß § 723 die Vorschriften über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht Anwendung finden (§§ 346—356). § 346 bestimmt aber, daß die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet sind, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, eine Vorschrift, die mit denjenigen der §§ 733 ff. nicht in Einklang zu bringen ist. Wie sollte man nun im Fall des Rücktritts verfahren, wenn bereits ein Gesellschaftsvermögen gebildet und schon Gewinn oder Verlust eingetreten ist? Aus § 346 ist nicht zu entnehmen, was mit dem Gewinn geschehen solle, ebenso wenig findet man eine Bestimmung darüber, in welcher Weise die Tragung des Verlustes zwischen den Gesellschaftern zu regeln sei. Planck's Ausführungen hierüber[1]) kann man nur insoweit zustimmen, als er aus § 346 die Vorschrift ableitet, daß, da die geleisteten Beiträge Gesellschaftsvermögen geworden sind, die Gesellschafter verpflichtet sein sollen, zu denjenigen Maßregeln mitzuwirken, die zum Zwecke der Rückübertragung erforderlich sind. Wenn er aber weiter aus demselben Paragraphen folgern zu können glaubt, daß jeder Gesellschafter dem anderen für den Fall, daß das Gesellschaftsvermögen nicht zur Befriedigung desselben ausreicht, zum Ersatz des

[1]) l. c. S. 733.

Fehlenden verpflichtet ist, so scheint diese Folgerung so wenig begründet, daß man lieber davon absieht, sich ihrer zu bedienen.

Der Gesellschafter sieht sich deshalb, wenn er vom Vertrage entbunden sein will, auf das Kündigungsrecht angewiesen, und das, wie mir scheint, nicht unbilliger Weise. Denn einmal wirkt das Rücktrittsrecht weit schärfer und unbedingter als das Recht der Kündigung; es würde, auf die Gesellschaft angewandt, eine gewissermaßen gewaltsame Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses herbeiführen, weil alle jene Vorschriften der §§ 730 ff., die der Eigenheit der Gesellschaft bei ihrer Auflösung tragen sollen, nicht zur Anwendung kommen können, und ein geeigneter Ersatz in den Vorschriften über das Rücktrittsrecht nicht gegeben ist. Und sofern man nicht der Ansicht huldigt, daß bei einer aus mehreren Personen bestehenden Gesellschaft das Rücktrittsrecht gegenüber den vertretungspflichtigen Gesellschafter nur von allen anderen zusammen ausgeübt werden kann (unter analoger Anwendung des § 356), so würde der von einem einzelnen Gesellschafter ausgeübte Rücktritt ev. auch eine unbillige Härte gegenüber den anderen Gesellschaftern bedeuten, die den persönlichen, vertraulichen Charakter des Vertragsverhältnisses widerspricht. Zum Ueberfluß mag noch darauf hingewiesen werden, daß das Kündigungsrecht nur insoweit ausgeübt werden darf, als die Kündigung nicht zur Unzeit erfolgen würde, während das schärfere Rücktrittsrecht von dieser Einschränkung nicht betroffen wird!

Es ergibt sich, daß das Rücktrittsrecht im Gesellschaftsrechte nicht Platz greifen darf.[1])

Für die Beziehungen der Gesellschafter untereinander hat § 325 demnach nur nach Maßgabe des Folgenden Geltung. Wenn die einem Gesellschafter obliegende Leistung

[1]) a. M. Planck, Nicolai.

infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, so kann jeder der Uebrigen Schadensersatzleistung wegen Nichterfüllung an alle in das Gesellschaftsvermögen verlangen. Wird die Leistung nur teilweise unmöglich, so sind sie trotzdem berechtigt, nach Maßgabe des § 280 II Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für sie kein Interesse hat. Wann letzteres der Fall ist, muß aus praktischen Gründen bei Vorhandensein mehrerer Gesellschafter durch alle Uebrigen bestimmt werden; alle sind ja auch in diesem Punkte gleich interessiert. Dieselben Rechte stehen den Gesellschaftern im Falle des § 283 nach Maßgabe des § 325 II zu. Wenn also dem Gesellschafter, dessen Leistung unmöglich geworden ist, von den übrigen Vertragsgenossen nach rechtskräftiger Verurteilung eine angemessene Frist zur Bewirkung der Leistung mit der Erklärung bestimmt ist, daß nach Ablauf der Frist die Annahme der Leistung verweigert werde, so kann auch hier nach ergebnislosem Ablauf der Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden.

Ebensowenig wie im Fall des § 325 ist das Rücktrittsrecht im § 326 statthaft. Abgesehen hiervon bietet § 326 zu Modifikationen keinen Anlaß. Die aus ihm entspringenden Befugnisse des Gesellschafters haben demnach folgenden Inhalt: Jeder Gesellschafter ist befugt, dem Anderen, wenn dieser mit der ihm obliegenden Leistung in Verzug kommt, zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist abgelehnt werde; besteht die Gesellschaft aus mehreren Personen, so muß im Interesse der Gesamtheit die Bestimmung der Frist durch alle Uebrigen erfolgen. Nach dem Ablaufe der Frist sind die Gesellschafter berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt, (der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen). Dasselbe gilt bei teilweiser

Erfüllung, wenn diese für den vertragstreuen Teil kein Interesse hat. Hat die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzuges von vornherein für den anderen Teil kein Interesse mehr, so ist der Anspruch auf Schadensersatz gegeben, ohne daß eine vorherige Fristbestimmung erforderlich ist.

Diese Bestimmungen gelten analog auch für die Fälle, in denen der leistungspflichtige Gesellschafter sich positiver Vertragsverletzungen schuldig macht, indem er etwas tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung schuldhafterweise mangelhaft bewirkt.[1])

C.

Der Frage, ob und inwieweit die Bestimmungen über den gegenseitigen Vertrag auf das Gesellschaftsverhältnis anzuwenden seien, wohnt keine größere praktische Bedeutung inne, denn wohl auf keinem Gebiete, wird in so großem Maße von der Befugnis, das Gesetzesrecht durch Parteivereinbarung auszuschließen, Gebrauch gemacht, als im Gesellschaftsrecht. Dagegen ist sie wegen der zu lösenden Nebenfragen in theoretischer Hinsicht nicht ohne Interesse; die Ergebnisse der vorstehenden Ausführungen mögen unter diesem Gesichtspunkte in kurzer Uebersicht noch einmal zusammen gefaßt werden.

Die §§ 320 ff. haben die Aufgabe, die mit der in einem gegenseitigen Vertrage begründeten Verpflichtung verbundenen Zwecke zu schützen. Diese Aufgabe erstreckt sich nicht nur auf die Austauschverträge, sondern auch auf die Associationen. Indessen darf der Gegensatz zwischen diesen beiden Vertragsarten nicht übersehen werden, da er prinzipiell in einer Verschiedenheit der schützenden Vertragszwecke besteht. Logischer Weise aber bedarf der Zweckschutz, wie ihn die §§ 320 ff. zu erfüllen haben, je

[1]) vgl. Staub, positive Vertragsverletzungen.

nach Art des zu schützenden Zweckes einer anderen Form. Soweit also vom Gesetz in den §§ 320 ff. die Eigenart des Gesellschaftsvertrages nicht berücksichtigt ist, müssen bei der Anwendung derselben auf die Gesellschaft Modifikationen eintreten. Diese Modifikationen sind andererseits nur berechtigt, soweit sie in der Eigenart des Gesellschaftszweckes begründet sind. Wir gingen deshalb von der Untersuchung des Gesellschaftszweckes aus und stellten seine Besonderheit dahin fest, daß er ein gemeinsamer Zweck sei. Aus dieser Gemeinsamkeit leiteten wir die pluralistische Anlage des Gesellschaftsvertrages im Gegensatz zu den dualistischen Austauschverträgen sowie ferner die Tatsache ab, daß die Leistung des einzelnen Gesellschafters nur ein Mittel im Verhältnis zum Gesellschaftszweck ist. Hieraus mußten sich sämtliche Modifikationsgründe ergeben. Als Endresultat unserer Untersuchung ergab sich auf diesem Wege die Notwendigkeit des § 726, der Ersetzung des § 323 durch § 723 und die Ausschließung des Rücktritts zu Gunsten der im Wege des Auseinandersetzungsverfahrens gemäß §§ 730 ff. erfolgenden Auflösung der Gesellschaft.